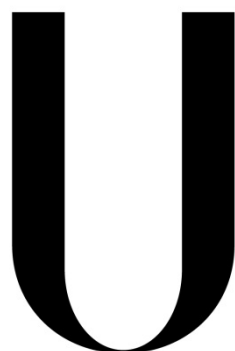


UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

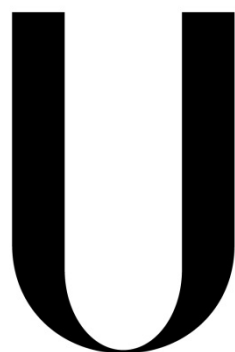
A VALIDADE LEGÍTIMA: UM ENSAIO SOBRE
O CASO BRASILEIRO

MARCELO MACHADO COSTA LIMA

DOUTORAMENTO EM DIREITO
ESPECIALIDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

2014

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

A VALIDADE LEGÍTIMA: UM ENSAIO SOBRE
O CASO BRASILEIRO

MARCELO MACHADO COSTA LIMA

Tese Orientada pelo Prof. Doutor Paulo Otero , especialmente
elaborada para a obtenção de grau de doutor em Direito –
Especialidade de ciências Jurídico-Políticas

2014

SUMÁRIO

Resumo	1
Abstract	2
Riassunto	3
Resumen	4
Introdução	5
CAPÍTULO 1: O Constitucionalismo brasileiro e a busca de suas referências paradigmáticas e conceituais.	15
1.1. A identidade do sistema jurídico brasileiro em um quadro de produção híbrida	17
1.2. A perspectiva histórico-fundante dos sistemas jurídicos e a consequente formação de uma cultura jurídica	19
1.3. Os modelos teórico-filosóficos como fonte substancial do direito	24
1.4. As bases jurídico-filosóficas do sistema jurídico brasileiro	25
1.4.1. A relação entre identidade sistêmica e sua concepção filosófica norteadora	26
1.4.2. A formação de uma tradição no pensamento brasileiro como base da construção jurídica	27
1.4.2.1. Sintética apresentação das bases históricas do pensamento filosófico no Brasil	31
1.4.2.2. O surgimento da consciência filosófico e jurídica nacional - A primeira metade do Século XIX	38
1.4.2.3. O Ecletismo e a conciliação das diversas vertentes: a emergência de uma tradição	39
1.4.2.4. A renovação do ideário intelectual no Brasil – a ascensão do positivismo e das versões “naturalistas”	44
1.4.2.5. O naturalismo em suas diversas tipologias	48
1.4.2.5.1. A Escola do Recife: da crítica naturalista a um caráter <i>sui generis</i>	49
1.4.2.5.2. A evolução do pensamento sociológico-culturalista pela Escola do Recife	53
1.4.2.6. O pensamento jurídico brasileiro na passagem do Século XIX para o Século XX	54

1.4.2.7.	O pensamento jurídico no Século XX	56
1.4.2.7.1.	O Século XX e o filtro norteador do sistema jurídico brasileiro	56
1.4.2.7.2.	O jusnaturalismo e sua permanência	56
1.4.2.7.2.1.	A versão jusnaturalista ontológica	57
1.4.2.7.2.2.	O jusnaturalismo contemporâneo em sua versão moderada	59
1.4.2.7.3.	O Positivismo Jurídico no Brasil do Século XX	61
1.4.2.7.3.1.	O positivismo jurídico <i>strictu senso</i>	63
1.4.2.7.3.2.	O positivismo em sua visão mais alargada – a posição positivista/naturalista	65
1.4.2.7.3.2.1.	Clóvis Beviláqua e a transição para o Século XX	65
1.4.2.7.3.2.2.	Francisco Campos e o positivismo naturalista autoritário	66
1.4.2.7.3.2.3.	Pontes de Miranda e a força do fato	67
1.4.2.7.3.3.	O kelseanismo e sua influência no Brasil	69
1.4.2.7.4.	O Culturalismo jurídico	71
1.4.2.7.4.1.	O culturalismo paradigmático da Teoria da Tridimensionalidade do Direito	74
1.4.2.7.4.2.	O tridimensionalismo realiano e a visão neoconstitucional: a possibilidade de hibridismo entre duas concepções compatíveis	79
CAPÍTULO 2: As bases jurídico-filosóficas centrais do sistema jurídico brasileiro contemporâneo		82
2.1.	A luta pela hegemonia em meio a um hibridismo sistêmico	83
2.2.	Positivismo Jurídico e neoconstitucionalismo: a disputa pela hegemonia sistêmica	85
2.3.	A concepção positivista em sua vertente jurídica – em busca dos pontos definidores	88
2.3.1.	A visão analítica do positivismo jurídico em Norberto Bobbio	91
2.3.1.1.	A tríplice perspectiva de análise	94
2.3.1.1.1.	O positivismo como modo de aproximação ao estudo do Direito – a perspectiva metodológica de análise	96
2.3.1.1.2.	O Positivismo Jurídico como teoria (ou o Formalismo Jurídico)	103

2.3.1.1.3.	O positivismo jurídico como ideologia	108
2.3.1.2	Os pontos definidores do positivismo jurídico – uma síntese	111
2.3.2.	O positivismo jurídico no Brasil: uma concepção deslocada?	115
2.3.2.1.	O normativismo kelseniano no ambiente jurídico brasileiro	119
2.3.3	As bases do positivismo jurídico como concepção filosófico-doutrinária sob justo ataque.	122
2.4	A ascensão do paradigma pós-positivista e a busca por uma nova base teórico-compreensiva do sistema jurídico brasileiro	124
2.4.1	Pós-positivismo e neoconstitucionalismo: relação conceitual necessária	125
2.4.2	O pós-positivismo como perspectiva não-positivista	127
2.4.3	O pós-positivismo – as características norteadoras	128
2.4.3.1	A reaproximação entre direito e justiça	133
2.4.3.2	O deslocamento da agenda de compromissos	135
2.4.3.3	A reabilitação da prescrição e a diluição da dicotomia descrição/prescrição	136
2.4.3.4	A superação teórica das escolas juspositivista	139
2.5	O Neoconstitucionalismo: concepção constitucionalista pós-positivista do direito	141
2.5.1	O neoconstitucionalismo como concepção jurídica típica	144
2.5.2	As características fundantes do neoconstitucionalismo	147
2.5.2.1	Onipresença da Constituição	148
2.5.2.2	Onipresença Judicial	149
2.5.2.2.1	A garantia jurisdicional da constituição e o controle a constitucionalidade das normas	151
2.5.2.2.2	- A interpretação conforme a constituição	152
2.5.2.3	Coexistência de valores tendencialmente contraditórios	153
2.5.2.4	A importância das normas principiológicas	154
2.5.2.5	Maior utilização da ponderação do que subsunção	159

2.5.2.6 A rigidez constitucional como marca da superior autoridade	160
2.5.2.7 A força vinculante da constituição e a aplicação direta das normas constitucionais	160
2.5.2.8 Influência das constituições sobre as relações políticas	162
2.5.3 Os tipos de Neonstitucionalismo: uma proposta de classificação em senso “bobbiano”.	163
2.5.3.1 O Neoconstitucionalismo metodológico e sua forma de aproximação do direito.	164
2.5.3.1.1 Entre a ciência e a filosofia: o Direito como um saber	165
2.5.3.1.2 A impossibilidade de compartilhamento de métodos entre as ciências naturais e ciências sociais.	167
2.5.3.1.3 As ciências sociais em busca de novas referências metodológicas	169
2.5.3.2 O Neoconstitucionalismo teórico	172
2.5.3.2.1 A coação e a força do argumento	172
2.5.3.2.2 - A superação da supremacia da lei e o papel ampliado da jurisprudência como fonte do direito	173
2.5.3.2.3 A principiologia e a superação de uma concepção imperativa das normas	174
2.5.3.2.4 - A realidade social como referência no processo interpretativo	177
2.5.3.3 O Neoconstitucionalismo ideológico	177
2.5.4 O neoconstitucionalismo e sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro	179
2.5.4.1 Sobre a compatibilidade do neoconstitucionalismo com o tridimensionalismo realiano: uma rota para o delineamento de um neoconstitucionalismo brasileiro	182
2.5.4.1.1 Ideias centrais do Tridimensionalismo Jurídico	183
2.5.4.1.2 O neoconstitucionalismo é tridimensional?	184
2.5.4.1.3 O neoconstitucionalismo como concepção tridimensional	185
2.5.4.1.4 A dialeticidade e dinamicidade neoconstitucional	186
2.5.4.1.5 O tridimensionalismo realiano pode ser neoconstitucional?	187
CAPÍTULO 3: A VALIDADE COMO ATRIBUTO NECESSÁRIO DA JURIDICIDADE	189
3.1 A construção do instituto da validade	189
3.1.1 A validade a partir da etimologia	192
3.2 A validade segundo as principais versões positivistas contemporâneas	194
3.2.1 A concepção formalista de validade	196
3.2.2 A regra de reconhecimento em Hart: um modelo paradigmático da <i>Common Law</i>	199
3.2.2.1 - Regras de reconhecimento e validade	200

3.2.3	A visão realista da validade	201
3.2.3.1	O realismo escandinavo	203
3.2.3.2	A validade no Realismo americano	207
3.3	As perspectivas de análise da validade jurídica	210
3.3.1	A validade como existência normativa	210
3.3.1.1	As relações entre inexistência e invalidade	211
3.3.2	Validade como Obrigatoriedade	216
3.3.3	Validade e a regulação de juridicidade em face dos princípios jurídicos	217
3.3.4	Validade como análogo de verdade (conceito semântico de verdade)	218
3.3.5	A Validade/invalidade como predicado normativo binário	220
3.3.6	A relação entre validade e fonte	223
3.3.7	A validade Jurídica em suas tipologias genéricas	225
3.3.7.1	A validade jurídica “ordinária”	225
3.3.7.2	A validade jurídica em uma perspectiva pluridimensional	227
3.3.7.2.1	A validade sistêmica	228
3.3.7.2.1.1	A validade jurídica na vertente específica ou parcial	230
3.3.7.2.1.2	A validade social específica ou parcial	233
3.3.7.2.1.3	A validade ética específica	236
3.3.7.2.1.4	A possível colisão de validades específicas e a busca de um juízo de validade sistêmica	241
3.3.7.2.1.4.1	O juízo de invalidade sistêmica a partir da invalidade social	244
3.3.7.2.1.4.2	O juízo de invalidade sistêmica a partir da invalidade ética	247
3.3.7.2.1.4.3	O possível juízo de validade sistêmica a partir da invalidade jurídica específica	250
CAPÍTULO 4: A VALIDADE CONSTITUCIONAL COMO TIPO COROLÁRIO DA ESPÉCIE VALIDADE		256
4.1.	A construção moderna da supremacia constitucional como base da validade constitucional	256
4.1.1	A Supremacia com Base nas Teorias da Norma Fundamental	260
4.1.2	A Validade Constitucional como postulado essencial do Estado de Direito	263
4.1.3	A raiz popular da supremacia constitucional	265
4.2	A validade/invalidade no âmbito constitucional	269
4.2.1	Constitucionalidade: a possível compatibilidade de norma desconforme	272
4.2.1.1	A inconstitucionalidade formal lato senso ou nomodinâmica	274
4.2.1.1.1	A tipologia da inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica	275
4.2.1.2	A inconstitucionalidade material	277
4.2.2	A relação entre validade sistêmica e juízo de constitucionalidade	280

4.2.3 A Nulidade como Tipo Sancionatório da Inconstitucionalidade	282
4.2.3.1 Da impossibilidade de produção de efeitos pela norma inconstitucional	284
4.2.3.2 A possibilidade de reconhecimento dos efeitos de norma desconforme	286
4.2.3.2.1 O reconhecimento dos efeitos normativos a partir da validação sistêmica de norma desconforme	288
4.2.3.2.1.1 A declaração da inconstitucionalidade sistêmica como regra	289
4.2.3.2.1.2 A determinação do momento de inversão da constitucionalidade para a inconstitucionalidade	289
4.2.3.2.1.2.1 A determinação da constitucionalidade até o exato momento da decisão	291
4.2.3.2.1.2.2 A constitucionalidade até um momento anterior à decisão	293
4.2.3.2.1.2.3 A decisão ainda constitucional em rumo à inconstitucionalidade	295
4.2.3.2.2 Proximidades e distanciamentos com as técnicas de decisão utilizadas pelo Bundesverfassungsgericht	296
4.2.3.2.2.1 A Interpretação Conforme a Constituição (a Verfarssungskonforme Auslegung): alguns pontos.	297
4.2.3.2.2.1.1 Pontos de contato entre a validade sistêmica e a interpretação conforme	300
4.2.3.2.2.1.2 A autonomização das técnicas	301
4.2.3.2.2.2 A declaração parcial de nulidade sem redução de texto e seu caráter complementar	303
4.2.3.2.2.3 A Inevitável Comparação com o Appellentscheidung alemão	304
CAPÍTULO 5: A LEGITIMIDADE E A BUSCA POR UM CONCEITO	308
5.1 A percepção do termo em sua acepção mais propriamente política	311
5.2 A legitimidade no contexto da estrutura política e social	314
5.3 A legitimidade em suas perspectivas teóricas mais relevantes	316
5.4 As bases da legitimidade nas principais teorias jurídico-políticas	318
5.4.1 A legitimidade em Weber: o logicismo legalista	318
5.4.2 A legitimidade em Guglielmo Ferrero	321
5.4.3 A legitimidade na linha normativista kelseniana	324
5.4.4 A legitimidade além do logicismo legalista e do normativismo sistêmico	327
5.4.5 Carl Schmitt , o decisionismo e o ataque ao positivismo normativista	329
5.4.6 Hart e a força dos fatos	332
5.4.7 A legitimidade segundo a visão bobbiana	334
5.4.8 A legitimidade em Habermas e o papel mediador do Direito	336
5.4.8.1 A forma e função do direito moderno: o direito como mecanismo de integração social	340
5.4.8.2 A legitimidade em Habermas	341
5.4.8.3 A soberania popular e a autonomia pública	342

5.4.8.4 O papel dos direitos fundamentais na legitimação do direito	345
5.4.8.5 Direitos Humanos X Soberania Popular: autonomia privada X autonomia pública	355
5.5 Posições centrais assumidas sobre a legitimidade	357
5.5.1 As posições habermasianas: centralidade com restrições	359
5.5.2 A legitimidade como justificação do poder	360
5.5.3 A imprescindibilidade da adesão interna em adição ao caráter legal	361
5.5.4 O papel da tradição (?) nas sociedades pós-tradicionais	362
5.5.5 A tradição e o direito na tarefa de integração social	364
5.5.6 O juízo de legitimidade pela via procedimental – uma crítica	366
5.5.8 A legitimidade em suas várias dimensões	369
 CAPÍTULO 6: A Separação dos Poderes e o Controle de Constitucionalidade	 372
6.1 A Identificação da Inconstitucionalidade da Norma como Consequência do Ato de Controle	375
6.2 A Justiça Constitucional	376
6.3 O Modelo Político Francês de Controle de Constitucionalidade	377
6.4 O Controle Judicial de Constitucionalidade e Seus Modelos Paradigmáticos	389
6.4.1 A gênese histórica do controle judicial e o fundamento de Marshall	393
6.4.2 A Corte Austríaca e seu sistema de controle de constitucionalidade	400
6.4.3 O controle de constitucionalidade exercido na Alemanha	403
6.4.4 O controle de constitucionalidade exercido em Portugal	408
6.5 O Brasil e Seu Sistema de Controle de Constitucionalidade	412
6.5.1 O Império: a supremacia da lei segundo a tradição francesa	412
6.5.2 A República sob um novo paradigma: a opção pelo controle judicial constitucional	413
6.5.2.1 O processo evolutivo do controle de constitucionalidade dos atos no período 1934-1988	415
6.5.2.2 O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil a partir da Constituição de 1988	420
6.5.2.1 O controle de constitucionalidade pela via difusa ou por exceção	422
6.5.2.2 O ascendente fenômeno da abstrativização do controle concreto	425
6.5.2.2.1 A Repercussão Geral no âmbito da abstrativização do controle concreto	427
6.5.2.2.2 A Súmula Vinculante no âmbito da abstrativização do controle concreto	429
6.5.2.3 Controle de constitucionalidade pela via concentrada	430
6.5.2.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade e suas submodalidades	432

6.5.2.3.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (ADI)	432
6.5.2.3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva	436
6.5.2.3.4 A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)	437
6.5.2.3.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)	440
6.5.2.3.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão	443
6.6 O acirramento dos processos de controle no quadro contemporâneo	446
CAPÍTULO 7: Jurisdição Constitucional e Princípio Majoritário em uma perspectiva democrática	448
7.1 A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial: o elo fraco do Estado Constitucional de Direito	450
7.1.1 O Ativismo Judicial	453
7.1.1.1 Críticas dirigidas ao Ativismo	458
7.1.2 A autocontenção: um freio ao ativismo	463
7.2 A questão democrática na atuação jurisdicional em um Estado Constitucional de Direito	463
7.3 A definição do 'juízo de legitimidade' e seu papel no processo de 'juízo de constitucionalidade'	472
7.3.1 A legitimidade em sua dimensão Jurídico-Formal	475
7.3.2 A legitimidade em sua vertente fática	476
7.3.3 A legitimidade em sua vertente valorativa	478
7.4 O retorno à técnica de validação pela sistematicidade	480
7.5 O retorno ao legislador	484
Conclusão	488
Bibliografia	506

RESUMO

O pressuposto de que não seja possível estabelecer um correto juízo de constitucionalidade a partir de um aparelhamento teórico/conceitual/metodológico em bases positivistas, - consideradas insuficientes para conceder soluções aos novos desafios e exigências contemporâneos - instigou a que os participantes do campo jurídico brasileiro viessem a procurar alternativas que, não apenas se relacionasse às suas raízes tradicionais, mas que, concomitantemente, estivessem aptas a enfrentar as dificuldades típicas de uma sociedade pluricultural e democrática.

A ascensão de linhas teóricas “neoconstitucionais”, em uma perspectiva pós-positivista, em alguns sistemas com os quais o campo jurídico brasileiro costuma dialogar, gerou a necessidade/possibilidade de que este, assumindo algumas das linhas gerais essenciais dessas concepções, ajustasse-as às linhas identitárias brasileiras, de forma a superar o hiato que se faz visível entre os anseios sociais por um sistema jurídico que promova soluções justas (ainda que a partir de uma visão destranscendentalizada de justiça) e um quadro teórico-jurídico incapaz de viabilizar tal pretensão.

Neste sentido, a presente tese tem por objetivos: a) apontar quais as linhas identitárias passíveis de serem reconhecidas como típicas do ordenamento jurídico brasileiro aferindo sua compatibilidade com as novas orientações teórico-filosóficas neoconstitucionais, b) reconstruir a metodologia para o reconhecimento de normas a que podem ser atribuídas um juízo de constitucionalidade (uma das mais importantes tarefas de um sistema jurídico), tendo por pressuposto a supremacia material dos valores constitucionais, e c) correlacionar o atributo da constitucionalidade com o atributo da legitimidade, em um ambiente jurídico-político típico de Estado Constitucional de Direito.

ABSTRACT

The assumption is that it is not possible to establish an accurate judgment of constitutionality from theoretical/conceptual/methodological merged in positivist bases - are considered insufficient to provide solutions for the new challenges and contemporary demands - instigated the participants of the Brazilian legal field to look for alternatives that not only relate to their traditional roots, but, at the same time, were able to face the typical problems of a multicultural and democratic society.

The rise of "neoconstitutional" theoretical lines of thought in a post-positivist perspective, in some systems in which the Brazilian legal field tends to dialogue, generated the need/possibility that this, assuming some of the essential general outlines of these concepts, adjusting to the Brazilian identity, in order to overcome the gap that is visible between social expectations of a legal system that promotes fair solutions (albeit from an anti-transcendentalist vision of justice) and a theoretical and legal framework unable to facilitate such a claim.

In this sense, this thesis aims to: a) show which lines of identity could be recognized as typical of Brazilian law by assessing their compatibility with new theoretical and philosophical neoconstitutional guidance, b) reconstitute the methodology for the recognition of rules that should be attributed to a judgment of constitutionality (one of the most important tasks of a legal system) given the assumption of taking for granted the supremacy of constitutional values, and c) correlating the attribute of constitutionality with the attribute of legitimacy, in a typical legal-political environment of Constitutional State of Law.

RIASSUNTO

Dal presupposto che non è possibile stabilire un corretto giudizio di costituzionalità da un avviamento teorico/concettuale/metodologico in base alle teorie positiviste, ritenute insufficienti da fornire delle soluzioni per le nuove sfide e le richieste contemporanee che hanno incitato i partecipanti del campo giuridico brasiliano a cercare delle alternative che riguardano non solo le loro radici tradizionali, ma che, allo stesso tempo, fossero capaci di affrontare le difficoltà tipiche di una società multiculturale e democratica.

L'incremento delle linee teoriche 'neo-costituzionali', in una prospettiva post-positivista, su alcuni sistemi con cui il campo giuridico brasiliano tende a dialogare, ha creato la necessità / opportunità di quello che, assumendo alcune delle linee generali essenziali di quelle accezioni, suppone che le adatti alle linee delle identità brasiliane, al fine di superare il divario che è visibile tra le brame sociali per un sistema giuridico che promuova delle soluzioni giuste (benché sia pure da una visione per niente trascendentale della giustizia) e un quadro teorico e giuridico incapace di realizzare tale richiesta.

In questo senso, la presente tesi si propone: a) puntare su quali linee dell'identità che possono essere riconosciute come tipiche dell'ordinamento giuridico legale brasiliano verificando la sua compatibilità con i nuovi orientamenti teorico-filosofici 'neo-costituzionali' b) ricostruire la metodologia per il riconoscimento delle norme che possono essere attribuite un giudizio di costituzionalità (uno dei compiti più importanti di un sistema giuridico), sul presupposto della supremazia materiale dei valori costituzionali, e c) correlare l'attributo di costituzionalità con l'attributo di legittimità, in un ambiente giuridico-politico tipico dello Stato Costituzionale di Diritto.

RESUMEN

La suposición que no es posible establecer un juicio correcto de constitucionalidad a contar de un concepto teórico/ conceptual/metodológico en bases positivistas – consideradas insuficientes para conceder soluciones a nuevos desafíos y exigencias contemporáneos – ha instigado los participantes del campo jurídico brasileño para buscar alternativas que no sólo se relacionen con sus raíces tradicionales sino que, al mismo tiempo, estuviesen aptas a enfrentar sus dificultades típicas de una sociedad pluricultural y democrática.

La ascensión de teorías neoconstitucionales en una perspectiva pospositivista en algunos sistemas con los cuales el campo jurídico brasileño dialoga, ha originado la necesidad/posibilidad que éste, adaptando algunas líneas generales, esenciales de esas concepciones, ajustáseles a las líneas identificables brasileñas para superar el vacío que es visible entre los deseos sociales por un sistema jurídico para promover soluciones justas (mismo que sea una visión o posición destrascendental de justicia) y un cuadro teórico-jurídico incapaz de tornar viable tal intención.

En este sentido la presente tesis tiene como objetivos: a) apuntar las líneas que pueden ser reconocidas como típicas de la orden jurídica verificando su compatibilidad con las nuevas orientaciones teórico-filosóficas neoconstitucionales; b) reconstruir la metodología para reconocer las normas a que pueden ser atribuidas un juicio de constitucionalidad (una de las tareas más importantes de un sistema jurídico), tiendo como presupuesto la supremacía material de los valores constitucionales; y c) correlacionar el atributo de constitucionalidad con el de legitimidad en un ambiente jurídico y político típico de Estado Constitucional de Derecho.

INTRODUÇÃO

A sociedade globalizada e pluricultural, que cultiva a diferença como um valor, oferece-se ao jurista não somente como objeto de análise de alta complexidade, mas principalmente como uma complexidade mutante, onde os delineamentos são imprecisos. Embora os grandes juristas do passado e do presente nos concedam uma amplíssima oferta de teorias e instrumentos para análise do fenômeno jurídico-político, a liquidez (para usar a expressão popularizada por Baulman) do mundo contemporâneo está constantemente devolvendo a estes novos desafios, com um adicional obstáculo: propor teorias que salvaguardando a estabilidade social deem conta desta volatilidade incontornável das sociedades da chamada Alta Modernidade.

O corpo normativo e as decisões que daí decorrem, para serem bem sucedidos devem encontrar nos seus destinatários, uma adesão interna que está além do velho temor da sanção como resultado do poder estatal de se usar da violência legitimada pelo direito. Mais: o poder público deve estar habilitado a produzir comandos justos, razoáveis e proporcionais dirigidos de forma que o corpo social, idealmente formado por indivíduos/cidadãos autônomos e conscientes, sinta-se motivado a respeitar as normas, mitigando-se a necessidade de uso da força ostensiva para manutenção da paz social.

No quadro jurídico contemporâneo não mais se faz possível desconsiderar a necessidade de se levar em conta o fenômeno do papel hiperabrangente das constituições no processo organizativo dos ordenamentos jurídicos, bem como das referências teóricas que os balizam. No Brasil, a perspectiva de que estejamos em meio a um momento de quebra paradigmática, ultrapassando uma linha hegemonicamente positivista cuja tônica sempre esteve relacionada à necessidade de conceder a lei, como representação da vontade imediata do povo, um papel de legitimadora dos atos decisórios, e assumindo um paradigma no qual essa vontade popular deve ser filtrada por outra vontade, anterior, menos contingente, mais profunda e axiologicamente projetante, traz inúmeras indagações e perplexidades típicas de um momento de mudanças, palavra-chave das ditas sociedades hipermodernas, em que a volatilidade é regra.

Se, por um lado, estas novas teorizações aproximam-nos de algumas características originárias da formação do pensamento jurídico- brasileira (a conexão entre direito e justiça), por outro lado, leva-nos a uma nova experiência que nos afasta em parte de características reconhecidamente tradicionais do sistema romano-germânico. Assim, uma das consequências dos processos históricos decorrentes do Pós-

Guerra e que assumem posição central no pensamento jurídico deste novo século é certamente o protagonismo judicial na demarcação do âmbito da determinação do que venha a ser ou não jurídico, principalmente a partir da assunção, pelos sistemas constitucionais daquilo que se chama dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que o processo de definição das fronteiras semânticas do direito está largamente posto nas mãos do Poder Judiciário.

Se, por um lado, o papel ampliado do julgador é uma regra basilar e tradicional nos constitucionalismos que adotam o sistema de *common law*, por outra via, é esta uma questão nova e mais difícil de ser contornada nos países onde a tradição continental do direito criou raízes. No Brasil, a referida tensão vem se manifestando de forma contundente, já que se não há dúvidas de que, se houve grande ampliação do espaço de atuação dos juízes em um período curto de tempo histórico, por outro lado, dúvidas razoáveis há no que diz respeito se esse alargamento nos coloca em direção ao aperfeiçoamento sistêmico ou, pelo contrário, estaríamos sacrificando conquistas democráticas arduamente adquiridas.

Neste sentido, o Brasil passa hoje por uma contradição interessante: enquanto algumas instituições democráticas fortalecem-se, dando vozes a diversos movimentos sociais civis organizados, o poder legislativo, histórica e tradicionalmente aquele que representa a vontade do povo (e, por isso mesmo, instituição de enorme valor simbólico em uma democracia), vem gradativamente perdendo espaço de atuação para os demais poderes, principalmente em razão de não mais encontrar reconhecimento por parte daqueles a quem deveria representar.

Seguindo um senso comum que afirma que uma democracia é tão mais sólida quanto mais os cidadãos participam do processo político, fortes são os motivos para que a mesma seja questionada quando evidenciada está a redução do papel daqueles que representam a soberania popular, de forma a enfraquecer a expressão simbólica do exercício do poder legítimo. Essa discussão fundamental que envolve, entre outros interesses, a divisão de poderes do Estado se acirrou em diferentes perspectivas, e hoje se concentra nas discussões que circunstanciam o controle de constitucionalidade das normas. A questão, então, tem como epicentro a legitimidade, ou não, das decisões proferidas pela Corte Brasileira, no âmbito da jurisdição constitucional, mais precisamente, no processo de determinação do juízo de constitucionalidade/ inconstitucionalidade das normas jurídicas.

Sabe-se que é função de qualquer corte constitucional, muitas vezes, é atuar de forma contra majoritária. Todavia, não podemos perder de vista que em um Estado democrático de direito, se, por um lado, não se pode colocar em questão a possibilidade desta atuação contra majoritária, por outro não pode deixar de discutir, de forma continuada, o grau de intervenção admissível pela Corte, em uma esfera de escolhas realizadas pelo legitimado democrático.

Uma teoria da validade normativa tradicional (de matriz positivista) traz consigo a pretensão de avaliar a conformidade formal/material das normas constitucionais com as subconstitucionais, levando em consideração tão somente as dimensões jurídico-formais e (em maior ou menor medida) fáticas. Nos dias de hoje, este pressuposto metodológico parece ser insuficiente sob o prisma da exigível legitimidade que deve revestir uma decisão. Uma teoria geral de validade jurídica contemporânea tem o dever de distinguir critérios, diferenciando as técnicas para tratar da relação entre normas quando o parâmetro de controle é uma norma subconstitucional daquele em que o parâmetro de controle é uma norma constitucional.

Neste último caso (normas que buscam seu juízo de validade imediatamente na Constituição), em razão da natureza dual (jurídico-política) acaba por se exigir um instrumental teórico mais sofisticado e específico que possa definir, dentro de um mar de complexidades, quais parâmetros podem ser utilizados na determinação de sua constitucionalidade/ inconstitucionalidade, bem como os efeitos a que está à mesma sujeita, nas situações em que sobre ela recaem as consequências da invalidade.

Em meados de 2009, explicitou-se, a partir de uma das mais duras discussões travadas entre dois ministros em sessão de julgamento, na história da Suprema Corte brasileira, uma questão de grandíssima importância para a jurisdição constitucional. Em meio a um acalorado debate entre os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, o primeiro defendeu a tese da necessidade de que a opinião do povo fosse levada em consideração nas decisões emanadas pelo Supremo, certamente em defesa de uma suposta legitimidade democrática no processo decisório judicial, no âmbito da crise da legitimidade parlamentar vivenciada em alto grau no Brasil. Em posterior entrevista, o presidente do STF, Gilmar Mendes, em resposta à tese, afirmou que “não se dá independência ao juiz para ele ficar consultando o sujeito da esquina” e que “a jurisdição constitucional é, por definição, contra majoritária”.

A questão que coloca frente a frente em uma relação tensional justiça material/ legitimidade democrática e, conseqüentemente, autonomia

pública/autonomia privada, na luta pela primazia da condução de uma linha-mestre no processo de jurisdição constitucional é a mais essencial e originária sobre o tema da justiça. Isso porque aponta a mesma para o velho embate sobre onde seria possível localizar raiz da justiça: na justiça substancializada como exercício racional-intelectivo, especulativo/metafísico ou na opinião daqueles que estão submetidos a essa justiça. Esse é um debate que confronta duas das mais prestigiadas concepções filosóficas ocidentais sobre o tema: a platônica e a rousseauiana.

Isso nos leva a entender que, nas decisões proferidas pelo STF, tão importante quanto estabelecer o juízo de constitucionalidade/ inconstitucionalidade das normas em análise é revelar, por meio da fundamentação, o *iter* metodológico e as linhas teórico-jurídicas utilizadas para alcançar o teor dessas decisões. Em tempos de “virada linguística” e argumentação, a coerência com que se realiza essa tarefa é o que acaba por determinar o grau de segurança jurídica de um sistema.

O processo de constantes modificações por que vem passando o mecanismo de controle jurisdicional brasileiro, a partir da Constituição de 1988, somado à velocidade com que se operou intensa transformação dos valores socioculturais são alguns dos motivos que podem explicar a incapacidade (geradora de grande perplexidade mesmo para experimentados juristas) de se prever, não apenas a parte dispositiva das decisões, mas principalmente as linhas mestras fundamentadoras da construção argumentativa que lhe darão apoio.

Mesmo sendo o direito um instituto de estabilização social, a necessidade de rediscutir seus conceitos e métodos tem exatamente o propósito de fazer com que ele não deixe de ser um instrumento apto para realização daquilo a que se propõe. Por isso, passamos, então, a analisar as etapas a serem percorridas no processo de escrita do trabalho, estabelecendo, preliminarmente, algumas premissas gerais. A primeira é a de, como informa o título do ensaio, trata-se de um estudo do caso brasileiro. Grandes juristas e mesmo filósofos políticos, após terem sofrido fortes críticas por terem apresentado teses que supostamente teriam abrangência genérica, voltaram atrás para afirmar estarem circunscritos ao caso específico dos seus respectivos países.

É uma atitude de cautela que deve ser seguida já que é premissa do presente trabalho, conforme se verá já no Capítulo 1, de que se é possível compartilhar algumas concepções teórico-jurídicas, filosófico-políticas, filosófico-jurídicas e mesmo dogmáticas genéricas e nelas se inspirar, a aplicação em uma realidade específica de um

dado sistema particular demanda as devidas acomodações ou mesmo rejeição de algumas partes.

Por outro lado, além da necessidade de estabelecer limites ao processo investigativo, uma crescente tendência à verticalização das decisões constitucionais em direção ao Supremo Tribunal Federal (STF) nos levou a concentrar nossa análise neste norte, buscando na sua jurisprudência e nas suas atuações, cada vez mais influentes, as bases para as argumentações que o presente trabalho desenvolverá.

O projeto inicial da tese não comportava esse Capítulo. A sua elaboração surgiu como uma necessidade para construir as linhas teóricas adequadas à realidade brasileira, a partir da premissa que cada sistema jurídico só consegue estabelecer seus mecanismos e institutos quando estes se adequam aos modelos teórico-filosóficos a que se submete o sistema. Se o projeto inicial tinha uma pretensão neutral, uma maior reflexão sobre o tema nos levou a compreender que qualquer sistema que se pretenda emanar comandos legais legítimos tem que ter por premissa a conexão necessária entre, por um lado, sua concepção teórico-filosófica e as normas produzidas (já que é esta concepção quem ajuda a definir hermeneuticamente o conteúdo normativo das normas constitucionais e, conseqüentemente, das normas subconstitucionais) e, por outro lado, a necessária conexão entre o conteúdo normativo e a realidade vigente na qual será aquele aplicado.

Nesse sentido, a lógica do sistema é necessariamente uma construção permanente no tempo histórico. Entendemos ser possível que um sistema jurídico cuja lógica tenha sido construída fora das bases tradicionais e mentais de um determinado povo possa cumprir a função de manter, ao menos por um tempo, a ordem, impondo um determinado corpo de leis.

Não consideramos possível, então, que uma ordem como esta possa ser legítima (nos limites como a definiremos), já que geradora de um enorme dispêndio de energia para manter, pela via coercitiva, a adesão (somente externa) do destinatário ao seu cumprimento. O problema encontrado para a produção deste Capítulo foi o pouco material histórico produzido de forma mais sistemática, inclusive em bibliotecas que deveriam possuir um acervo mais completo. Afora isso, chega a ser desolador a forma quase descritiva e superficial com que o tema é tratado pelos poucos autores que sobre ele se debruçam.

Nesse ponto, seria muito proveitoso ao mundo jurídico que historiadores e profissionais das ciências sociais se unissem aos juristas em busca de uma

organização sistemática do pensamento jurídico brasileiro, o que procuramos fazer de forma sintética (dado os objetivos diversos do trabalho) não como uma finalidade em si, mas como um meio para compreender nossa identidade jurídico-política. Essa fala também se presta como argumento introdutório para afirmar nossa plena consciência de que se houve contribuição e avanço para o seu estudo, mas ainda há muitas lacunas a serem preenchidas e desenvolvidas.

De toda sorte, a ideia foi procurar construir bases fundantes para, a partir do reconhecimento de uma identidade, saber se esta consegue recepcionar as linhas neoconstitucionais pós-positivistas que estão sendo desenvolvidas pelos atores do mundo jurídico, com especial entusiasmo pelos constitucionalistas, de forma que esta nova concepção não seja recepcionada sem o devido senso crítico que afira sua compatibilidade, ou mesmo reconhecida esta em suas linhas genéricas, sem o necessário ajuste fino no intuito de se construir um (novo) constitucionalismo, habilitado a conceder linhas teorizantes adequadas ao sistema jurídico brasileiro.

Ultrapassado os desafios do primeiro Capítulo, lançamo-nos ao Capítulo 2 a fim de estabelecer as bases para melhor compreender esse momento de transição de modelos (do hegemônico positivismo jurídico para o ascendente neoconstitucionalismo) por que passa o sistema jurídico brasileiro, analisando de forma mais vertical as características que os definem, bem como os pontos que distanciam as duas principais escolas que lutam pela hegemonia teórico-filosófica no sistema brasileiro.

Isso se faz importante a fim de que possamos não apenas compreender o novo filtro teórico-filosófico neoconstitucional que desponta em nosso sistema, mas também perceber as influências que o modelo positivista - empiricista ou mesmo normativista - legam à nossa tradição. Nesse ponto, as características apontadas como típicas das concepções neoconstitucionais (porque entendemos que existem variações nesta esfera) seguem linhas genéricas, que servirão de base, também, para estabelecer as balizas do que no Capítulo subsequente servirão como fundamento para uma nova teorização da validade jurídica, mais adequada ao paradigma teórico-filosófico que emerge, tardiamente, no Brasil. Nesse sentido, impulsionou-nos a ideia de que os institutos jurídicos só encontram coerência quando em consonância com aquele suporte teórico-filosófico que lhe concede base.

No Capítulo 3, o objetivo inicial será traçar o caminho teórico que nos aproxima do conceito de validade/invalidade jurídica como um conceito genérico e essencial do direito, já que indicativo da própria juridicidade/injuridicidade do comando.

Nesta via algumas considerações preliminares serão traçadas com conceitos que dela se aproximam, tais como existência/inexistência e verdade. Buscará se enfatizar o caráter binário (validade/invalidade) do conceito, recusando soluções intermediárias.

Será discutido, também, o porquê do conceito de validade não poder ser considerado um conceito “universalizável”, em consonância com o que se viu nos Capítulos 1 e 2, já que se deve partir do pressuposto da necessidade de se manter este em conformidade com as características de cada sistema jurídico e suas concepções teórico-filosóficas.

Assim, a partir daí, procuraremos desenvolver um conceito de validade jurídica e, principalmente, se buscará criar uma metodologia que esteja apta a conferir e aferir juízos de constitucionalidade/inconstitucionalidade de forma que este se coadune com as novas configurações exigidas pelas sociedades contemporâneas, principalmente a brasileira. Neste ponto serão abordadas as seguintes questões:

- a) Quais as dimensões da validade e qual o papel a ser desempenhado por cada uma delas no processo de determinação da validade;
- b) A relação da dimensão “valor” com os direitos fundamentais, a partir de uma domesticação dos conteúdos axiológicos expressos nos direitos fundamentais pelo caráter deontológico das normas jurídicas;
- c) A possibilidade de se reconhecer a produção de efeitos de normas desconforme, mas compatíveis com a constituição;
- d) Manipulação do juízo de validade em seu caráter binário (validade/invalidade) a partir da ponderação entre as dimensões (normativo-jurídica, fática e ética) passíveis de serem assumidas pelas validades (parciais), e a possibilidade de obtenção de um juízo de constitucionalidade de norma desconforme (porém, compatível); e
- e) Crítica à posição teórica brasileira de reconhecer concomitantemente invalidade e produção de efeitos jurídicos.

O nosso intuito no Capítulo 4 é, utilizando-nos das construções estabelecidas no decorrer do Capítulo 3, e dos modelos clássicos que definem a constitucionalidade/inconstitucionalidade remodelar o conceito de constitucionalidade, como subtipo do gênero “validade”, a partir de duas premissas: o princípio da supremacia constitucional e o reconhecimento do Estado Constitucional de Direito, construção teórica

que, situado na esfera do Estado Democrático de Direito, deste se especifica por ser uma decorrência das formulações neoconstitucionais.

Assim, tomando-se por base os conceitos trabalhados no Capítulo 3, busca-se determinar as condições do juízo de constitucionalidade sistemicamente válido, que confere juridicidade às normas primárias, propiciando ao Estado permissão para fazer valer as regras por este estabelecidas.

Nesta construção, o pressuposto teórico que se busca enfatizar é o caráter material de respeito aos valores sociais e do sistema constitucional, em detrimento de um formalismo neutral, tão valorizado nas perspectivas positivistas de Direito.

Outra questão levantada é se no âmbito jurídico-político no qual transita o direito constitucional há espaço para o estudo autônomo de uma teoria da validade constitucional, ou pelo menos se considerar a possibilidade de que venha essa ser tratada como um caso especial de uma teoria geral da validade jurídica. Esta questão ganha ainda maior dimensão, quando tratarmos, no Capítulo 7, da conexão entre legitimidade e constitucionalidade, em que o caráter de politicidade é mais explícito e, por isso, exige um tratamento diverso daquele concedido pelo genérico. De qualquer forma, o modelo da tridimensionalidade será utilizado como base teórica inspiradora para fundamentar uma teoria da validade que observe a dimensão “valor”, o que uma posição positivista tem por princípio rejeitar.

Também será tratada a questão dos possíveis efeitos da norma inconstitucional, a partir de uma distinção entre desconformidade e incompatibilidade, onde apenas essa segunda tem, de antemão, o condão de conduzir a norma a um inequívoco juízo de inconstitucionalidade. De toda sorte, se defenderão os motivos pelos quais se recusa a possibilidade de produção de efeitos à norma inconstitucional, sugerindo-se alternativas não contraditórias ao reconhecimento de efeitos da norma viciada, a partir da modulação de efeitos.

Devem-se, ainda, analisar algumas das técnicas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal cuja fonte de inspiração está nas técnicas criadas pelo *Bundesverfassungsgericht*, como a interpretação conforme a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como técnicas que têm potencial para inspirar novos instrumentos para a fiscalização de constitucionalidade das normas no Brasil.

Após, **no segundo Capítulo (?)**, enfrentaremos **outro tema central (?)** neste trabalho que fundamenta a emissão de uma legitimidade/ ilegitimidade dos atos emanados pelo poder público no contexto de um Estado Democrático de Direito. Neste primeiro momento, interessa-nos, fundamentalmente, estabelecer um conceito mais seguro que nos permita reduzir as ambiguidades do termo “legitimidade”, tendo como objetivos.

a) Apresentar o tema a partir de teorizações desenvolvidas por alguns dos dois grandes estudiosos sobre ele (Max Weber, Guglielmo Ferrero, Carl Schmitt, G. Ferrero, Hans Kelsen, Herbert Hart, Norberto Bobbio e Jürgen Habermas);

b) construir as bases para elaboração de um conceito mais geral de legitimidade, valorizando a autonomia pública, sem deixar de equilibrá-la com a defesa ampla dos direitos fundamentais, em um quadro complementar em que se equilibram os Estados Constitucionais de Direito hodiernos. Ressalte-se, desde já, que a assunção da teoria de Habermas como ponto de apoio principal não deverá ser obstáculo para separar-se (**não seria melhor divergir ou discordar**) deste autor em alguns pontos importantes e nem deixar de observar aspectos apresentados pelos demais estudiosos do tema;

c) estabelecer os pontos teóricos centrais que podem ser assumidos neste trabalho a fim de analisar a legitimidade na perspectiva do estado de Direito Constitucional, apontando as teses que estão habilitadas a serem recepcionadas, bem como aquelas que devem ser afastadas por ausência de adequação à tradição jurídico-política brasileira.

No Capítulo 6, iniciaremos a temática analisando os modelos teórico-jurídicos paradigmáticos de controle de constitucionalidade, em suas formas política e judicial, a partir dos modelos paradigmáticos utilizados por países cuja forma de fiscalizar a constitucionalidade de seus atos normativos influenciaram, influenciam, ou mesmo podem servir de inspiração para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro.

Após esta fase analisaremos o processo histórico de construção de um modelo de controle de constitucionalidade no Brasil desde a superação do controle político implícito na Carta de 1824 pela adoção de um modelo judicial de controle estabelecido pela Constituição de 1891 - nas linhas do *judicial review* -, até a Constituição de 1988. A ideia é mostrar o gradual processo de afastamento do modelo americano e a aproximação na direção das escolas de modelo concentrado desenvolvido na Europa continental.

Assim, passaremos a mostrar, com o advento da Constituição de 1988, o processo de ampliação do processo de controle, com o surgimento de novas ações e

novas técnicas conducentes a fenômenos como a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e permanente processo de concentração da fiscalização em torno do Supremo Tribunal Federal, geradora de críticas de judicialização da política e, principalmente, a acusação de ativismo judicial.

No Capítulo 7, após termos visto processo de ampliação do instrumental disponibilizado ao STF com a crescente judicialização do sistema político, procuraremos entender algumas das principais críticas que se dirigem à Corte brasileira e ao Poder Judiciário, em geral, no que diz respeito a terem assumido uma posição ativista, contribuindo para a judicialização em elevado grau da esfera política.

Após enfrentar esta temática, buscaremos uma definição mais precisa sobre legitimidade no sentido normativo - a fim de estabelecer uma técnica que torne obrigatória a análise da legitimidade daquela norma (grau de adesão que a mesma inspira nos destinatários) na formação do juízo de constitucionalidade, tornando explícita as razões e os motivos que levaram aquela norma a ter reconhecida sua constitucionalidade/ inconstitucionalidade.

“Por último, a partir das acusações de ativismo vimos sugerir uma nova técnica de controle, na qual, a partir de alguns pressupostos a responsabilidade de sanear o sistema é compartilhada, daí se denominar tal técnica de retorno ao legislador”.

Concepções jusfilosófica e a identidade do sistema positivo

CAPÍTULO 1 - O Constitucionalismo brasileiro e a busca de suas referências paradigmáticas e conceituais.

A ideia de buscar um modelo verdadeiramente apto e legítimo a estabelecer balizas mais seguras, capazes de conceder maior precisão no processo de definição da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos normativos primários tem a necessidade de passar por algumas discussões preliminares e incontornáveis, mas que, infelizmente, vêm sendo – em maior ou menor dimensão - negligenciadas pela doutrina brasileira (mesmo a mais autorizada), no âmbito das discussões jurídico-constitucionais travadas no Brasil. Se é possível referendar a afirmação segundo a qual cada Constituição corresponde uma determinada identidade axiológica¹, em exercício genealógico, pode-se afirmar, igualmente, e indo mais longe, que cada sistema jurídico possui sua própria identidade axiológica.

No Brasil, a concepção que identifica a ordem jurídica estatal como única e singular em suas características, a despeito de ter se tornado verdadeiro lugar-comum no discurso jurídico, paradoxalmente não vem acompanhada de uma discussão consequente acerca de quais características fazem com que a ordem jurídica brasileira se afirme, em meio a tantas influências alienígenas, como uma ordem particular dotada de características que auxiliem no seu reconhecimento como uma tradição.²

O inevitável processo de influência recíproca - acelerada em tempos de globalização intensa – embora venha diminuindo os distanciamentos entre os vários sistemas, principalmente pela aglutinação em torno de técnicas e soluções

¹ Conforme argumentos de OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Vol I. Identidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2010, pág.21 e COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição. Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra, 2009, págs. 581 e seguintes.

² No horizonte conceitual elaborado por NISBET, Robert. *Tradição e tradicionalismo*. In: *Dicionário do pensamento social do Século XX*. (Ed. OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, pág. 777, entendemos tradição como transmissão à geração seguinte, não de coisas triviais, mas das coisas mais importantes para a esfera da vida humana como o parentesco, a religião, a comunidade organizada, e aos níveis superiores da cultura, como a literatura e a arte e, acrescentamos nós, o direito. Assim, os “depósitos” do passado que conservam um valor incomum para o presente e, presume-se, para o futuro. Segundo o autor, é possível entender por tradição, por exemplo, o cristianismo no Ocidente, o patriarcalismo, a monarquia e o constitucionalismo, entre outros. Para “coisas menores” mais adequado seria usarmos termos como “costumes” ou mesmo folclore.

encontradas pelos sistemas de maior tradição³ -, não deve ser motivo para, por via oposta, superestimando tal característica, subestimar os elementos essenciais que contribuem para a particularização de cada sistema - no caso específico o sistema jurídico brasileiro -, principalmente neste momento de sua reconfiguração inevitável.

Embora quase todos os louros dessa guinada venham sendo oferecidos ao que podemos definir como relevante alteração das concepções jurídico-filosóficas dominantes (e nos reportamos, neste caso, à ascensão das visões pós-positivistas e neoconstitucional no âmbito da cultura jurídica pátria), o fato é que tais concepções (largamente heterogêneas) acabam por ganhar contornos diferenciados e específicos ao se defrontarem com um panorama fático-histórico e mental tão específico como o brasileiro.

Neste ponto, seja qual for o quadro teórico-filosófico ou institutos importados (e poderíamos afirmar que a balança de produção teórico-jurídica brasileira é grandemente desfavorável), a verdade é que suas assimilações dependem fundamentalmente das circunstâncias fáticas com as quais têm que se relacionar: tanto as do passado, como as atuais. Na primeira, as assimilações históricas em sentido estrito, devem adequar-se a uma tradição estabelecida; já no que se refere às circunstâncias fáticas atuais, que apontam para a imediatividade dos acontecimentos contemporâneos, acabam por conceder uma bem-vinda contribuição para a formação de novos valores. De qualquer forma, essas assimilações não são puras, pois inevitavelmente acabam por produzir o que alguns autores em ciências sociais vêm chamando de hibridismo.

Este fenômeno, que nos parece sem retorno nas sociedades contemporâneas, pode ser de inestimável valia se realizado na correta medida, de forma a colaborar para uma mais ajustada compreensão do verdadeiro significado de alguns conceitos fundamentais no âmbito do direito brasileiro. Porém, pressupõe reconhecer a pré-existência de uma tradição sedimentada no momento em que se

³ Referimos-nos à *civil law* e à *common law*. Hoje, as posições que observam os dois sistemas a partir de uma *summa divisio* são cada vez mais raras. No Brasil, as influências entre sistemas jurídicos vão sendo observadas não apenas por essa aproximação entre *common law* e *civil law*, mas também pelos recentes estudos de fenômenos como o da transconstitucionalidade (ou interconstitucionalidade, como denominado em CANOTILHO, J.J. Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, mais especificamente nas págs. 263-279) o da *cross fertilization*. Todos eles apontam para uma tendência de influências recíprocas entre sistemas jurídicos (ou, no mínimo, a necessidade de fazê-lo). Neste caso, a reconhecida diminuição dos espaços de divergência teórica entre o sistema tipicamente de *Civil law*, como o brasileiro e os sistemas de tradição da *Common law* - fundamentalmente no que se refere à questão relativa às fontes do direito - nestes últimos tempos, conduzem-nos a certa cautela, de maneira que mais adequado, parece-nos, é enfatizar a condição do sistema brasileiro no âmbito de um quadro jurídico ocidental, ao invés de situá-lo exclusivamente no âmbito da *Civil law*.

analisa a possibilidade da recepção destas teorias e institutos, de maneira a que estes se adaptem às estruturas e tradições jurídicas brasileiras vigentes.

1.1. A identidade do sistema jurídico brasileiro em um quadro de produção híbrida

O necessário caráter identitário do sistema vem sendo ao longo do tempo, constantemente colocado em questão por estar sujeito a uma convivência múltipla de concepções teóricas, por vezes incompatíveis. Se por um lado, tal multiplicidade enriquece os debates doutrinários, por outro, produz, em um sistema como o brasileiro, o inconveniente de alimentar posições jurisprudenciais cuja grande diversidade prejudica o processo de produção de uma teoria da decisão mais alinhada às características fundamentais do sistema. Nessa linha, o processo decisório pode sofrer o que poderíamos identificar como “esquizofrenia teórico-filosófica”, assumindo concepções que pecam pela ausência de unidade e coerência⁴.

Por isso, considera-se como elementos pressupostos inafastáveis em qualquer processo de definição da constitucionalidade/inconstitucionalidade, não apenas a necessária construção de um modelo teórico que mantenha clara conexão com alguns dos que consideramos alicerces fundamentais de qualquer sistema jurídico: um modelo teórico-filosófico hegemônico no qual se devem alinhar os órgãos julgadores no momento de decidir a questão jurídica suscitada. Como também, por outro lado, o respeito às referências histórico-culturais imediatas – no caso em análise, brasileira -, e, mediatamente, à história e a cultura na qual esta tradição particular se situe em um âmbito mais amplo – no caso brasileiro, a tradição ocidental.⁵

É bem verdade que isso nos remete a um nível de complexidade elevado. Complexidade que requer um olhar que se pode classificar como endógeno, capaz de desvelar as dimensões histórico-culturais em que se construiu internamente a ordem jurídica em análise, identificando suas rupturas ideológico-doutrinárias no tempo, mas, principalmente, enfatizando suas continuidades (verdadeiro elã vital de

⁴⁴ A própria forma como decide a Suprema Corte brasileira evidencia isso. Não há a definição da *ratio decidendi*, podendo a tese vencedora ser assim declarada em razão de ter uma decisão atingido o número de votos suficientes para ser declarada vencedora, embora não seja necessário que exista entre os juízes que votaram por esta tese vencedora, uma unidade no fundamento.

⁵ Na linha do que afirma LIPOVETSKY, Gilles. *O Ocidente mundializado. Controvérsia sobre a cultura planetária*. Lisboa: Edições 70, 2011, págs. 111-112, a “ocidentalização” é fundamentalmente um processo de modernização - racionalização, de uma forma específica de pensar, de produzir e agir, embora também se deva referir ao cálculo econômico e aos direitos fundamentais como marca dessa ocidentalidade.

toda ordem jurídica)⁶. Por outro lado, a partir de uma perspectiva de análise que poderíamos qualificar como exógena cabe-nos chamar a atenção para o inevitável - já citado - processo de hibridismo⁷ a que está sujeita a ordem jurídica brasileira na contemporaneidade, no contexto do processo global de hibridização por que passam todas as ordens jurídicas modernas de sociedades complexas.

Uma suposta incompatibilidade entre esses aspectos endógenos (histórico-culturais) e exógenos (influências jurídico-culturais externas) se desvela aparente. A realidade tem mostrado que essa complexidade não só é inevitável como pode ser bastante fértil. Aliás, o tema tem pouco de original mesmo no Brasil, já que o problema fora identificado (e de forma sensata) há muito em obra de Paulino José Soares de Souza, o Visconde de Uruguai. Seguindo o autor as regras do chamado ecletismo esclarecido (corrente filosófica de bastante sucesso na época), estabeleceu, há mais de 150 anos (no decorrer da segunda metade do Século XXI), as seguintes regras: 1ª) “Para copiar as instituições de um país e aplicá-las a outro, no todo ou em parte, é preciso, primeiro que tudo, conhecer o seu todo e o seu jogo perfeita e completamente.” e 2ª) “...não copiar servilmente como temos copiado, muitas vezes mal, mas sim acomodá-lo com critério, como convém ao país.”⁸

Porém, se houve sabedoria na maneira de identificar o problema, mais difícil seria acertar na sua correta ponderação. Um deles, passível de ser identificado nesse entrelaçamento, é a possível valorização desproporcional de uma perspectiva em detrimento da outra. Entendemos que tal situação tende a produzir contradições em que, ao menos, duas consequências podem ser imediatamente observadas: ou as soluções estabelecidas pelo sistema não encontram eco na cultura (inclusive jurídica), levando a que os destinatários das normas coloquem em questão sua legitimidade; ou o sistema se fecha em si mesmo, em sua cultura, e passa a não mais se dar conta das inúmeras novas (altas) complexidades que o mundo globalizado tende a produzir. Nessa última situação apresentada, é o caso de sabermos até mesmo se ainda é possível isolar-se culturalmente, desconsiderando o fato de ser a cultura brasileira

⁶ Como bem afirmado em GEERTZ, Clifford. *Conocimiento local*. 3ª reimpressão. Madri: Paidós, 2011, pág. 195, “Como la navegación, la jardinería, la política y la poesía, el derecho y la etnografía son oficios de lugar: actúan a la luz del conocimiento local.”

⁷ Por hibridismo, seguindo definição de CANCLINI, Nestor Garcia. *Culturas híbridas*. 5ª reimpressão. São Paulo: Edusp, 2011, pág. XIX, em meio a um estudo desenvolvido entre as páginas XVIII e XXIV, entendemos “processos socioculturais nos quais estruturas ou práticas discretas, que existiam de forma separada, se combinam para gerar novas estruturas, objetos e práticas.” De toda maneira, o certo é que tal fenômeno afasta a possibilidade de se afrontar com formas culturais plenamente homogêneas ou puras.

⁸ Em, VISCONDE DE URUGUAI. *Ensaio sobre o Direito Administrativo (1862). Aplicação ao Brasil das Instituições Administrativas inglesas, americanas e francesas*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960, págs. 383 e 418.

construída em um quadro no qual essa tradição cultural ocidental possui enorme importância.⁹

De qualquer forma, há um pressuposto que se torna visível, não obstante se afigure diante de um fenômeno paradoxal, a saber: o peso da tradição histórica de uma ordem jurídica e o peso desse processo de hibridismo, também manifestos por meio de fenômenos como o da transconstitucionalização e da *cross-fertilization*, quando bem ponderados, podem conduzir a um resultado otimizado, contribuindo no processo de demarcação mais exata daquilo que podemos considerar como uma visão teórico-filosófica do sistema constitucional brasileiro, possibilitando desvelar a relação que se forma entre o juízo de constitucionalidade apontado e a legitimidade deste¹⁰ no âmbito específico do sistema jurídico brasileiro, em detrimento qualquer outro.

1.2. A perspectiva histórico-fundante dos sistemas jurídicos e a consequente formação de uma cultura jurídica

Embora se tenha em conta que em uma perspectiva de mundo em que a defesa da ideia de pluralidade é ínsita à concepção moderna do pensamento ocidental¹¹, não há como deixar de chamar a atenção para o fato de que, transportada para o campo da metodologia jurídica, essa referida (e incentivada) pluralidade é, em razão de sua intensificação, concomitantemente geradora, não apenas de debates

⁹ Conforme BURKE, Peter. *História e teoria social*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2012, págs. 163-165, do processo de miscigenação e adaptação surgem novas formas culturais e até novas culturas. Por isso, a atenção voltada para o intercâmbio e a miscigenação vem renovando o estudo da história cultural.

¹⁰ Sobre a temática um interessante debate é encontrado em NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino americana*. In: *Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. I, e RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalismo. Uma leitura crítica do pensamento "transconstitucionalista" de Marcelo Neves*. In: *Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. I, quando são apresentados, em meio a vários pontos de convergência, posicionamentos divergentes que, entretanto, não colocam em dúvida a grande relevância do tema.

¹¹ A fim de evitar confusões, elucide-se que embora - como esclarecido - admiramos a visão daqueles que, como Rawls, entendem que a Modernidade caracteriza-se pelo chamado fato do pluralismo, não é desconsiderada a perspectiva que se apercebe que no campo do pensamento jurídico a Modernidade encaminhou-se em direção à representação monística do espaço jurídico, opondo-se a um acentuado pluralismo jurídico (a partir da clara fragmentação das fontes, inclusive institucionais, do Direito) que identificou fortemente o período Medieval. Aliás, essa é uma característica que bem se salienta no erudito estudo de TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1976, págs. 37-39. Porém, como bem acentua Gunther Teubner em entrevista para Giulano Battiston (TEUBNER, Gunther. *Il Pluralismo del diritto globale senza Stato*. In: *Per un'altra globalizzazione* (entrevista concedida a BATTISTON, G.). Roma: Edizione dell'Asino, 2010, pág. 130, ainda que a primeira vista pareça haver uma semelhança entre a nova ordem (ou desordem) global e a ordem feudal-medieval, as dinâmicas sociais dos diferentes períodos são muito diversas, sendo que a atual parece oferecer maiores chances de criar uma ordem político-legal em escala global.

fecundos e complexos¹², mas também geradora de sérias dificuldades no âmbito da aplicação dogmático-jurídica¹³.

Deve ser ressaltado que, se por um lado temos um processo de globalização¹⁴ que, mesclando diversas lógicas e dimensões¹⁵, tende a se intensificar na medida em que os avanços tecnológicos produzem condições cada vez mais propícias¹⁶, de forma a conceder crescentes facilidades ao acesso de obras doutrinárias e jurisprudenciais de toda parte do mundo¹⁷ (acentuando a influência entre sistema jurídicos¹⁸), por outra via, acaba por gerar a necessidade de maior rigor de análise, a fim de evitar a importação acrítica de modelos teóricos prontos, cuja oferta se multiplica na proporção da expansão do processo de globalização. Nesta linha, ressalte-se que por mais elegantes e lógicos que sejam, muitas vezes os sistemas não

¹² Como bem se observa na introdução da obra VOGLIOTTI, Massimo. *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001, págs. 12-13, já se identifica, a partir do fim do Século XIX, uma recuperação da complexidade no âmbito da juridicidade, a partir de uma concepção pluralista e híbrida do Direito, oriundas das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas que foram se tornando mais intensas a partir de então.

¹³ Neste sentido, em completa concordância com a posição de FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madri: Editorial Trotta, 2009, pág. 31, quando afirma que “... la realidad que nos enfrentamos hoy no sólo es más plural sincrónicamente, sino también diacrónicamente. No sólo vivimos en una Babel multicultural y globalizada, plural y conectada. También vivimos en una Babel muy cambiante.”.

¹⁴ O termo “globalização” aqui empregado, certamente não se refere ao fenômeno de ordem puramente econômica, mas, na linha do que se afirma em TEUBNER, Gunther. *Il Pluralismo del diritto globale senza Stato*. In: *Per un'altra globalizzazione* (entrevista concedida a BATTISTON, G.). Roma: Edizione dell'Asino, 2010, pág. 119-120, também o direito, a ciência, a cultura a tecnologia, os sistemas sanitários, os serviços sociais, os setores militares, os transportes, as mídias e o turismo podem ser tornados como sistemas mundiais que se autoreproduzem dentro desta lógica global, concorrendo de forma contundente com as políticas dos Estados-nações para as citadas áreas. Assim, afastamo-nos de uma concepção muito em voga que restringe o conceito a uma concepção de ordem econômica. Neste sentido, concordamos com TOURAINE, Alain. *Um Novo Paradigma. Para Compreender o mundo de hoje*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, pág. 41-43, quando aborda a questão da globalização entendendo-a como um fenômeno que, para lá da mundialização das trocas estabelecidas no âmbito econômico, tem tido repercussões imensas (e conflituosas), principalmente, no âmbito da *kultur* (expressão alemã que melhor corresponde à ideia).

¹⁵ Nesse sentido, segundo WIEVIORKA, Michel. *Nove lições de Sociologia. Como abordar um mundo em mudança?*. Lisboa: Editora Teorema, 2010, pág. 68, de forma a fazer entender que a globalização não é um fenômeno com consequências unidimensionais e altamente previsíveis, de forma que para conceituá-la somos obrigados a nos utilizar de um conceito complexo.

¹⁶ Neste sentido, embora analisando mais especificamente o caso europeu, concordamos com a posição assumida em CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação, Economia, Sociedade e Cultura. O Poder da Identidade*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007, v. II, pág. 460, quando afirma que embora as instituições, a cultura e a história façam parte da política de uma dada sociedade algo muito específico, a tecnologia, a globalização e a sociedade em rede incitam autores e instituições a entrarem na política informacional vinculada ao uso de recursos tecnológicos.

¹⁷ Neste sentido, entre eles o cada vez mais observado fenômeno da *cross fertilization* judiciária, bem retratado em ORRÙ, Romano. *La cross fertilization giudiziaria a carattere informale e il “sistema delle conferenze” tra Corti Costituzionali e organi equivalenti*. In: *Diritto Comparato ed Europeo*. 2011 – 1. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, págs. 193 e seguintes.

¹⁸ Talvez por isso se encaixe tão perfeitamente o termo “Babel metaética”, utilizado por García Figueroa, mas cunhado por WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pág. 172, quando afirma que “ordinary moral discourse, as I hear it, is a meta-ethical Babel”. Não se pode, porém, descartar opiniões mais otimistas (dentro do que acima identificamos como quadro complexo da globalização), como a estabelecida em LÉVY, Pierre. *Filosofia World. O Mercado. O Cibernético. A Consciência*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, pág. 25, quando o autor afirma que desde a queda do Muro de Berlim existe apenas um grande império não territorial, um império de redes, um centro que faz sentir sua influência por toda a parte e que arrasta o resto do planeta.

se coadunam com a tradição jurídico-política, ou mesmo (de forma mais imediata) com a(s) realidade(s) social (ais) vivenciada(s) pelo país importador.¹⁹

O universo jurídico brasileiro, neste sentido, parece muito bem servir como referência deste fenômeno, pois se por um lado é sugestionado pelas influências advindas de várias tradições jurídicas coligadas à *civil law* (o que nos parece natural), por outro lado, nos últimos tempos vem sucumbindo ao intenso assédio de algumas posições tradicionalmente vinculadas à tradição jurídica de países que se filiam à *common law*.

Por isso, um dos problemas a que vem sendo submetidos os juristas no mundo atual, é o de construir um sistema que, sem abrir mão de sua identidade²⁰, não deixe de considerar a necessária integração com os diversos sistemas jurídicos estrangeiros, mas especificamente no que se refere à globalização (no sentido de mundialização) de áreas jurídicas específicas.²¹ A isso se acrescenta a célebre constatação - que já é praticamente lugar-comum no ambiente das chamadas ciências sociais - de serem observadas, em um período de tempo histórico cada vez mais reduzido, mudanças crescentemente diversificadas e profundas no âmbito social, o que tem por consequência fazer com que o mundo da normatividade não consiga acompanhar o ritmo do mundo da facticidade.

Ora, se por um lado essa “miscigenação” apresenta um grande potencial no sentido de colaborar para o aperfeiçoamento de cada um dos ordenamentos jurídicos em contato, bem como para uma desejável aproximação entre os diversos sistemas, capacitando-os a enfrentar os problemas trazidos por uma

¹⁹ Por mais que seja verdadeira a observação de Gunther em TEUBNER, Gunther. *Il Pluralismo del diritto globale senza Stato*. In: *Per un'altra globalizzazione* (entrevista concedida a BATTISTON, G.). Roma: Edizione dell'Asino, 2010, págs. 125 e 126, quando alega o autor que, na direção do que afirma Luhmann, a fragmentação do Direito, seguindo a atual lógica global, se dá, cada vez mais, segundo uma lógica setorial (por áreas específicas do Direito), e cada vez menos por territórios, a verdade é que entendemos que essa afirmação deve ser relativizada (embora não desconsiderada). Isso porque, mesmo que admitamos que já existem áreas do direito que vão se “mundializando”, é difícil não levar em conta que condições socioculturais vigentes em um ambiente territorial específico são referências poderosas na legitimação de uma determinada ordem jurídica.

²⁰ Embora sob muitos possíveis pontos de vista, essa questão há muito vem sendo debatida no universo jurídico como bem lembrado em CASSESSE, Sabino. *Il diritto Globale. Giustizia e Democrazia oltre lo Stato*. Turim: Einaudi, 2009, pág. 31, quando afirma que o “Estado não é mais o protagonista absoluto da cena jurídica”, lembrando que Giuseppe Capograssi e Santi Romano, em 1918, já chegavam desde então, a esta conclusão. Assim, é possível entender não só a existência de esferas jurídicas fora da órbita do Estado, mas também a influência recíproca e necessária entre as diversas ordens jurídicas. Mais longe vai a obra NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, págs. 235 e seguintes, quando trata de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

²¹ Podemos considerar que há fundamentos claros na fala de Gunther quando, em TEUBNER, Gunther. *Il Pluralismo del diritto globale senza Stato*. In: *Per un'altra globalizzazione* (entrevista concedida a BARRISTON, G.). Roma: Edizione dell'Asino, 2010, pág. 130, admite que a globalização se mostra fragmentada por áreas (inclusive nos diversos âmbitos jurídicos), com lógicas próprias em cada uma delas. Nesta linha, é que se caracteriza a passagem de uma ordem que sempre almejou unidade para outra que se satisfaz com a possível compatibilidade entre os fragmentos.

“modernidade líquida” – para usar a consagrada terminologia de Zigmunt Baulman²² - globalizada, por outro lado, é inegável que causa grandes problemas para uma suposta vertente “científica” do Direito na sua tarefa de busca classificatória e determinação de características e traços definidores²³, tendo em vista que o que vem sendo observado é a existência de uma inflação de dados e teorias confrontantes.

Não se quer com isso, apoiar uma defesa obsessiva à taxionomia, ou um apego desmedido pela sistematização. Até mesmo porque, no estágio vivenciado pela sociedade moderna parece ser incontornável que disputas pela hegemonia teórica abarquem, cada vez mais, uma quantidade maior de formulações doutrinárias – baseadas estas em argumentos cada vez mais alargados - que, naturalmente, não apenas combaterão entre si para se afirmarem como alicerces teórico-filosófico de uma dada ordem jurídica, mas que também, dentro de uma lógica tipicamente dialética, servirão de ponto de partida para formulação de novas proposições.

A tese pela qual se advoga é a de que, embora se devam incentivar diálogos enriquecedores (até porque a pluralidade das culturas não apaga a universalidade de alguns direitos)²⁴, travados a partir de sistemas que se fundamentam em teses jurídicas alicerçadas em diferentes lógicas – que muitas vezes se revelam complementares -, não se pode perder de vista que a inteligibilidade de um sistema jurídico depende de sua coerência lógica interna, fundada em traços razoavelmente fixos e constantes.²⁵, alicerçados segundo (e seguindo) certa tradição. Parece-nos ser, inclusive, esta a base na qual se inter-relacionam segurança e justiça, não como valores antagônicos (ou disjuntivos) como comumente apresentados, mas sim como valores fundantes e complementares de qualquer sistema jurídico, o qual não se pode conceder o luxo de prescindir de uma compreensão norteadora.²⁶

²² A ideia consagrada na obra “Modernidade líquida” parece bem expressa em outra obra do autor, mais precisamente em BAUMAN, Zigmunt. *Le sfide dell'etica*. Milão: Feltrinelli Editore, 2010, pág. 7, quando afirma a como característica dos variados problemas de ordem moral a indeterminação institucional, a flexibilidade, a mutabilidade, e a fragilidade ou, ainda, a multiplicidade de tradições (algumas sobreviventes não obstante as condições adversas, outras ressuscitadas ou inventadas) em luta para conquistar a fidelidade e autoridade necessária para guiar a conduta individual.

²³ Conforme lembrado em NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. *Introdução*. In: *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I pág. 27, nas Ciências Sociais a preeminência é da conceitualização e da explicação. Assim, também o direito deve seguir nesta direção.

²⁴ Nesta direção CHIARI, Pietro. *I immigranti (nuovi) soggetti di diritto*. In: CORTÉS, Isabel Fanlo; MARRA, Realino. (Orgs.) *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2008, pág. 272.

²⁵ Nesse sentido, afastamo-nos de uma visão que se ligue a uma linha mais radical da Critical Legal Studies que sustente que o direito é sempre indeterminado e por ser um instrumento de poder, careceria de objetividade. Conforme informa CALSAMIGLIA, Albert. “Postpositivism”. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I, 1998, pág. 213, para esta corrente, tudo é política.

²⁶ Mais ou menos na direção do afirmado, conforme VATTIMO, Gianni. *Fare giustizia del diritto*. In: DERRIDA, J.; VATTIMO, G. (Orgs.) *Diritto, Giustizia e interpretazione*. Roma- Bari: Laterza, 1998, págs.

De toda forma, para que se estabeleça algumas breves reflexões a respeito do desenvolvimento de uma cultura jurídica brasileira, faz-se antes necessário um breve comentário acerca dos conceitos de cultura e de cultura jurídica. Levando-se em consideração que a evolução dos significados da palavra cultura é muito complexa, e não sendo o propósito aprofundamentos nesse tema, optou-se por recepcionar a noção desenvolvida por Clifford Geertz, de perfil claramente semiótico, segundo a qual a cultura de um povo se expressa através das redes de significados construídas pelas ações humanas. Este conceito encontra referências no pensamento weberiano quando externa a posição de que o homem estará sempre atrelado às teias de significados por ele mesmo elaboradas, através de seus comportamentos. Assim, apresenta-se um conceito de cultura como uma construção social de uma determinada estrutura de significados.²⁷

Se o direito pode ser entendido como uma das muitas “construções” sociais, não há temor em tratá-lo como produto cultural de uma determinada formação social, estando, portanto, sujeito às influências e às determinações de elementos culturais coexistentes em um determinado tempo e em um determinado lugar. No horizonte do conceito semiológico de cultura, é possível alcançar o constructo *cultura jurídica* a partir, por exemplo, da percepção do significado das instituições jurídicas que pode ser extraído na observação do uso que delas fazem os juristas em um determinado momento histórico. Nessa linha, deve-se levar a sério a posição daqueles que entendem não haver sentido em autonomizar o estudo do direito do estudo da história, já que a história não é externa à fenomenalidade jurídica.²⁸

De acordo com o historiador Antonio Manuel Hespanha, na ótica habermasiana, como veremos no Capítulo 5,²⁹ o direito se constitui como um sistema de legitimação, ou seja, como um sistema que produz efeitos de obediência consentida em todos aqueles que terão sua liberdade (ou suas liberdades) limitada (ou

289-290, o pluralismo da comunidade interpretativa gera no tecido jurídico diversas interpretações possíveis, mas o uso da razão reduz a componente voluntarista do direito, consentindo a instauração de uma ordem com autoridade (porque é aceita e aceitável) que se sustenta com argumentos que fundamentam normas, que, ganham mais força na medida em que vão sendo confirmadas pelas decisões judiciais.

²⁷ Em GEERTZ, Clifford. *Uma descrição densa: por uma teoria interpretativa da cultura*. In: *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989, pág. 15, o autor afirma que “O conceito de cultura que eu defendo (...) é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado à teia de significados que ele mesmo teceu, assume a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa à procura do significado.”

²⁸ Na direção do que é afirmado em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, pág.40, quando é afirmado que o direito é história e, correlatamente, a história é direito.

²⁹ Conforme, HESPANHA, Antônio Manuel. *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, págs. 180 e seguintes.

limitadas) pelas normas. Porém, estes efeitos (de obediência consentida) somente podem ser encontrados quando relacionados às representações e aos significados da lei, do direito e da justiça socialmente construídos em uma determinada ambiência sócio histórica.

O Direito (tal como os poderes políticos) necessita de legitimação no senso de justificar não apenas o poder que exerce, mas também o que cria. Para tanto, demanda a “produção” de um determinado consenso social a respeito, não apenas de sua “inevitabilidade” na composição de uma “vida ordenada”, mas também acerca da necessidade de ser obedecido. Se não for possível crer que este consenso tenha sido produzido por cidadãos no (idealizado) uso consciente de suas autonomias (pública e privada), é razoável exigir que, ao menos, se pautem nas representações e significados social e historicamente produzidos.

1.3. Os modelos teórico-filosóficos como fonte substancial do direito

Embora, como dito, o entrelaçamento das duas questões seja inevitável, por razões de natureza organizatória do próprio tema optou-se por tratar inicialmente sobre a questão do modelo teórico-filosófico e sua influência como um dos filtros fundamentais no processo de leitura do sistema. Trata-se de um ponto central na discussão que se desenvolverá no decorrer do trabalho, já que as diversas escolas filosóficas trazem em seu repertório teórico pressupostos metodológicos, epistemológicos e ideológicos³⁰ diversos entre si, sendo que o instrumental teórico utilizado pelo julgador, naturalmente, segue uma linha de raciocínio jurídico que privilegia (mesmo que concorrendo com outras) uma dessas visões filosóficas, que será decisiva no processo de determinação do que venha a ser uma decisão legítima³¹.

Isso se torna fundamental, na medida em que os métodos interpretativos (em senso amplo) característicos de cada uma dessas visões filosóficas

³⁰ Conforme afirmado em KANGAS, Urpo. *Un análisis de la recepción de las ideas jurídicas y su impacto en la visión jurídica del mundo*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E. G.; UUSITALO, J. (Orgs). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pág. 129, é perfeitamente possível praticar a investigação jurídica sobre bases de diferentes tipos de pressuposições de fundo vigente em uma sociedade, sem que isso implique modelos de ciência totalmente diversos.

³¹ *Mutatis mutandis*, poderíamos, neste sentido, assumir a perspectiva rawlsiana (RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993, págs. 28-29) quando afirma que a discussão sobre o que seja justo ou injusto é normalmente objeto de grandes disputas, já que a concepção do que venha a ser justo passa necessariamente pela discussão acerca da ideia de legitimidade.

são verdadeiras fontes substanciais (internas³²) do discurso jurídico, colaborando na construção de significados, mesmo que somente uma pequena parte seja explicitamente disciplinada pelo próprio direito positivo. A intensidade e amplitude de todas essas operações interpretativas, embora guiadas em alguma medida pelo direito positivo, definitivamente dependem da conformação dada pelo que se poderia considerar como “ideologia” proporcionada pelas fontes (substanciais) do direito.³³

1.4. As bases jurídico-filosóficas do sistema jurídico brasileiro

Com base no ponto anterior, busca-se reconstruir o inegável processo de rearticulação dos fundamentos teóricos que envolvem o sistema jurídico brasileiro, em busca de uma identidade própria. Entende-se que esse processo de crise identitária, própria dos momentos em que se vive uma mudança paradigmática³⁴, dá-se, principalmente, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e vem se acentuando grandemente no período subsequente.

A questão é complexa e passa por enfrentamentos em diversos *fronts*. Como anteriormente dito, diversos ângulos são passíveis de análise para se definir a concepção filosófica de direito³⁵ assumida por um determinado sistema jurídico. Só então, a partir desta concepção, seguindo uma linha lógica que se pretende coerente é

³² Assim entendido em PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pag. 14.

³³ Nesta direção, PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pág. 38.

³⁴ Conforme bem apontado por OST, François. *Dalla Piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?* In: *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001, pág. 32, não se pode negar que o modelo hierárquico (estatualista, positivista, monológico) característico do senso comum dos juristas seja hoje radicalmente contestado, surgindo de todos os lugares novas perspectivas teóricas. São tempos de crise que prenunciam a transição de paradigma. Nessa linha, nos referimos a “paradigma” seguindo a percepção de FOUREZ, G; MATHY, Ph. ENGLEBERT-LECOMTE, V. *Nos savoirs sur nos savoirs: un lexique d'épistémologie pour l'enseignement*. Bruxelas: De Boeck Université, 1997, pág. 74, quando os autores estabelecem, do ponto de vista epistemológico, a seguinte direção para uma definição de “paradigma”: conjunto dos pressupostos teóricos, práticos e ideológicos que são adotados, na sua história, por uma por uma corrente, e que definem uma forma de olhar para o mundo.

³⁵ O termo “concepção” usado aqui pode ser entendido como uma tentativa de reunificar um quadro de características gerais que apontam para uma forma de enxergar o direito (e, por via de consequência, defini-lo). Tanto assim que os autores usam, sem cerimônias, diferentes terminologias (por exemplo, doutrina, pensamento, filosofia, escola etc.) para especificar um mesmo fenômeno (diferentes significantes para um mesmo significado). Nesta direção, o jusnaturalismo e o juspositivismo são considerados, principalmente dentro da tradição continental, as concepções filosóficas mais fundamentais do pensamento jurídico. Porém, delas decorrem outras tantas de grande importância que ganham maior ou menor relevo de acordo com a origem e a linha adotada pelos estudiosos. De qualquer forma, ao menos mais duas poderiam ser consideradas em nosso tempo fundamentais: a concepção “realista” e a concepção “neoconstitucional”. Nesse particular, filiamo-nos à posição expressa em BARBERIS, Mauro. *Filosofia del Diritto. Un' introduzione teorica*. 3ª ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, pág. 2. Todavia, esclarecemos que também estas se subdividem em várias tendências, conforme, no decorrer do trabalho, poderemos observar.

possível construir (ou redirecionar) alguns dos conceitos instrumentais de natureza rigorosamente técnico-jurídica - já pertencentes a uma esfera científico-jurídica - estabelecendo conceitos e institutos fundamentais que demarcam as condições de validade normativa,³⁶ que, afinal, são responsáveis por delimitar os âmbitos do direito e do não-direito³⁷.

1.4.1. A relação entre identidade sistêmica e sua concepção filosófica norteadora

A ideia de sistematicidade que qualquer ordem jurídica se obriga a manter em nome de certa racionalidade inafastável³⁸, leva-nos a deduzir, a partir do processo relacional que as normas jurídicas mantêm entre si, a existência de uma necessária unidade. Neste sentido, e a partir do acima expresso, essa identidade sistêmica unitária vai se configurando, não somente no horizonte da apreensão da identidade das normas componentes do conjunto, mas também, e principalmente, pelo tipo de relação que mantêm elas entre si.³⁹

Consideramos que, naquilo que se costuma denominar como “concepção filosófica” de um sistema jurídico específico, é possível encontrar os mais profundos e remotos fundamentos que servirão de base no processo, tanto da apreensão da identidade das normas componentes do conjunto, mas também no tipo de relação que estas mantêm entre si. Neste ponto, faz-se necessário acrescentar um ponto ainda mais crucial: a concepção filosófica do sistema é a bússola que o guia em sua necessária busca por coerência e unidade, tanto do ponto de vista formal, mas mais ainda sob uma perspectiva material.⁴⁰

³⁶ Neste sentido, entendendo que é um papel da ciência jurídica o estudo das condições de validade de uma norma, MACHADO, J. Baptista. *Ciência do Direito*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. III pág. 295.

³⁷ Problema a ser superado nesta perspectiva é a possibilidade vislumbrada por alguns sistemas que reconhecem no *status* de invalidez a possibilidade de produção de efeitos jurídicos, em contraposição ao sentido, inclusive etimológico, do termo. Sob este olhar, não cabe resgatar, neste caso, a ideia de que o toque de Midas do Direito tenha o condão de alterar o significado original do termo, já que o conceito de validade no Direito, a partir de uma visão minimamente rigorosa, serve exatamente para separar o direito daquilo que não o é.

³⁸ Conforme CARACCILO, Ricardo. *Sistema Jurídico*. In: *El Derecho e la Justicia*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2000, pág. 162, um conjunto de normas assistemático seria, em algum modo, irracional.

³⁹ É a leitura que se pode apreender de CARACCILO, Ricardo. *Sistema Jurídico*. In: *El Derecho e la Justicia*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2000, pág. 163.

⁴⁰ Em NIETZSCHE, F. *A genealogia da Moral. Tratado III*, §4, 1887, o filósofo já afirmava a impossibilidade de existir uma ciência livre de pressupostos. O pensamento de uma ciência assim seria impensável, paralogico, sempre teria que haver ali uma filosofia, uma fé, para que desta pudesse a ciência extrair uma direção, um sentido, um limite, um método, um direito a existir.

Nessa direção, dois serão os passos imediatos: o primeiro, levantar os dados e a seguir analisá-los criticamente, de forma sintética, para se verificar em que bases filosófico-jurídicas se submete, no decorrer da história, o sistema jurídico brasileiro, para, logo a seguir, analisar mais profundamente as características das concepções filosófico-jurídicas que, nos dias de hoje, são os filtros teóricos pelo qual é lido o sistema jurídico brasileiro.

1.4.2. A formação de uma tradição no pensamento brasileiro como base da construção jurídica.

No quadro de crescente importância que o pós-positivismo vem alcançando no Brasil duas razões parecem dar fundamento ao fenômeno. A primeira, mais óbvia e, por isso, mais explorada, configura, por certo um fator que podemos considerar como “externo”. Consiste este em estabelecer a relação entre a mudança de perspectiva na produção teórica ocorrida em alguns dos tradicionais centros influenciadores da cultura filosófico-jurídica brasileira e as bases fático-políticas vivenciadas por esses países no período do pós-Guerra. A relação é inequívoca, sendo que são as consequências e os terrores propiciados pela Guerra que colaboraram em alta escala para a alteração de rota das linhas de pensamentos filosófico-político e filosófico-moral (ou seja, no âmbito da reflexão prática) produzidos a partir de então.

Esse fator de origem externa influencia as linhas de produção não apenas dos países que vivenciaram a experiência da Guerra, mas, como não poderia deixar de ser, também a produção intelectual dos países que orbitam ao redor dos grandes centros de produção intelectual do mundo ocidental. No Brasil, na esteira da crise do positivismo jurídico, algumas das ideias identificadas genericamente como pós-positivistas (ou não-positivista) embora se tenham feito sentir na sua forma mais contundente com significativo atraso, vêm sendo aceitas, cada vez mais, por parte significativa da *intelligensia* jurídica brasileira (particularmente, com maior ênfase, pelos constitucionalistas).

Todavia, outra questão que surge, a reboque desta primeira, é saber se as teorizações que são emitidas pelos centros irradiadores estão em condições de serem assimiladas pelas tradições culturais periféricas, cujas realidades fáticas e mentais em muito se distanciam daquelas em que se produziram tais teorizações. Isso não quer significar que a importação de concepções teóricas sejam, por si,

dispensáveis. Pode ser uma vantagem estar aberto para receber das culturas afins certa oxigenação, de forma a não se afastar de sua “tradição mediata”, ou seja, a cultura ocidental.

Quando se coloca em dúvida a capacidade de assimilação de uma suposta teorização alienígena, tem-se em vista um tipo de assimilação consequente, adequada e, portanto, possível. É bem sabido que algumas importações são realizadas de forma acrítica, por vezes relacionada a modismos, que em razão do impacto estético causado, até ganham relevância temporária, mas eclipsam-se com o tempo, por não encontrar na cultura que as aloja qualquer significação mais abrangente.

Daí entendermos que uma atitude consequente de análise passa necessariamente por uma investigação que observe a compatibilidade e, havendo esta, em que grau se dá a relação entre o bloco teórico que se apresenta e a cultura que o recebe para, a partir daí, quando possível, realizar as devidas correções, adequando às contribuições teóricas às realidades sociocultural e jurídica brasileiras, aclimatando-as e condicionando-as à nossa forma específica de ser.⁴¹

Por esta razão, busca-se a reconstrução, mesmo que de forma bastante sintética, de algumas das tradições nas quais se insere o pensamento filosófico brasileiro, e por via de consequência, como decorrência lógica, as linhas na quais se incluem o pensamento filosófico-jurídico brasileiro. A tese central explicitada nesta pesquisa observa que não é possível reconstituir uma ordem jurídica desvinculando-a de suas bases intelectuais e culturais tradicionais, o que nos obriga, em primeiro plano, a reconhecer alguns de seus códigos, inscritos em uma espécie de - solicitando aqui permissão para um uso metafórico - “DNA histórico-cultural”⁴².

Todavia, a análise da literatura pátria que se debruça sobre o tema parece dificultar tal tarefa, já que produz sua análise a partir de avaliações autorais, sem, contudo, que se perceba uma elaboração e organização sistêmicas, o que torna difícil a tarefa daqueles que procuram a lógica interna e a organicidade na construção desse pensamento. Porém, um olhar mais percuciente do problema parece diminuir

⁴¹ Parece ser esta a direção defendida em REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Grijalbo; EDUSP, 1976, pág. 8.

⁴² Mesmo que seja óbvio que o uso da expressão “DNA histórico-cultural” é metafórica no sentido que externa mesmo uma contradição, aproveitamos o ensejo para afastar qualquer ideia que nos ligue a uma posição naturalista, pois, considerando as dificuldades teóricas que a defesa desta linha suscita nos dias de hoje, preferimos nos filiar à corrente daqueles que entendem, na esteira de Ortega Y Gasset, que o homem não tem natureza, tem história (em ORTEGA Y GASSET, José. *História como sistema*. Madri: Revista de Occidente, 1962, pág. 51. Na mesma linha, preferimos entender que os sistemas jurídicos inescapavelmente se constroem no rumo da história, sendo que são dela sempre credores.

consideravelmente a responsabilidade dos pesquisadores. Na verdade, as dificuldades organizatórias parecem originar-se na forma como se apresenta o próprio objeto estudado, em razão da ausência de seriação nas ideias.⁴³ O problema apontado, então, é que o pensamento desenvolvido pelas gerações seguintes, em regra, não se utilizam das bases teóricas estabelecidas pelas anteriores⁴⁴. Isso dificulta até mesmo, como veremos, o processo de classificação das escolas no Brasil, agrupando-se sob o mesmo nome, pensamentos que guardam, entre si, características largamente genéricas.

De toda maneira, essa tentativa de reconstituição histórica se faz necessária, não apenas com vistas a externar uma identidade particular, mas também, por uma necessidade civilizacional, de “acertar as contas com o passado”⁴⁵. Chama-se a atenção para o fato de que a tarefa que para nós se põe, ou seja, analisar a relação entre o direito e a sua história, deve ser posta a cabo, não a partir da perspectiva do historiador (que explica para reconstituir), mas na de um investigador da ciência do direito (que tenta reconstituir para explicar)⁴⁶.

Porém, antes, deve-se externar uma advertência. Há na produção literária que trata do pensamento jurídico brasileiro uma sentida ausência - e que merece maior estudo e organização: a elaboração de um estudo mais elucidativo acerca dos embates teóricos havidos em cada momento histórico, com a indicação das escolas hegemônicas e suas rivais na luta pela primazia no âmbito do pensamento brasileiro, de forma geral, e mais especificamente no âmbito do pensamento jurídico.

Isso certamente não se estabeleceu como um problema até meados do Século XIX, quando temos alguma unidade em torno de uma visão *jus natural*, mas

⁴³ Como bem observado em REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Grijalbo; EDUSP, 1976, pág. 9. Neste mesmo sentido, ADEODATO, João Maurício. *O Positivismo Culturalista da Escola de Recife*. In: (TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, pág. 3, afirma, em uma direção que referendamos, que “o pensamento brasileiro tem sido negligenciado pelos juristas”.

⁴⁴ O que em REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Grijalbo; EDUSP, 1976, pág. 9, o autor identifica como um problema genético no pensamento brasileiro.

⁴⁵ No sentido em que a ideia “de acertar contas com o passado” nos é apresentado em HUIZINGA, Johan. *El concepto de la historia*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1946, págs. 7-85. No caso específico, na direção que nos leva a realizar uma leitura do presente sem desconsiderar a influência do passado neste processo.

⁴⁶ *Mutatis mutandis*, seguindo a lição explicitada por NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. *Introdução*. In: *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I, pág 28, quando afirma “que o historiador explica para reconstituir, enquanto o cientista reconstitui para explicar”. Não deixa de ser interessante lembrar HABERMAS, Jürgen. *À volta ao historicismo*. In: SOUZA, José Crisóstomo de. (Org.). *Filosofia, Racionalidade e Democracia. Os debates Rorty e Habermas*. São Paulo: Editora UNESP, 2005, pág. 61, quando o filósofo lembra que desde Aristóteles, a história sempre fora concebida como a esfera paradigmática do contingente, do transitório e do particular. Só no fim do Século XVIII que a história também se tornou um domínio de interesse e de investigação teóricos.

passa a sê-lo quando as influências positivistas e, mais amplamente, as sociológicas (em um quadro naturalista que se opõe a uma visão jus natural) ⁴⁷ começam a questionar o panorama hegemônico jus naturalista.

No geral, os estudiosos brasileiros sobre a temática tenderam a estabelecer a análise, não a partir de quadros jus teóricos que melhor organizasse as diversas linhas de pensamento, mas seguindo uma linha cronológica que não estabelece uma distinção clara entre o pensamento seguido pelos diversos autores, segundo suas inclinações de base. Seja pela dificuldade de analisar mais profundamente as diferenças existentes entre as diversas teorias produzidas, em razão da proximidade temporal havida entre a produção do pensamento e o estudo do mesmo, seja pela complexidade que implica subdividir em escolas pensamentos produzidos em bases tão ecléticas, o fato é que não há entre os estudiosos brasileiros o compartilhamento de uma teoria classificatória que melhor defina as diversas tendências do pensamento jurídico pátrio.⁴⁸

Assim sendo, embora conscientes que a insuficiência de estudos mais aprofundados sobre as bases do pensamento jurídico brasileiro geram necessidade urgente de que o tema venha a ser enfrentado por juristas e pesquisadores, desde já informamos que o que segue é um esforço (reconhecidamente) sintético (e possivelmente insuficiente) para apontar algumas das linhas filosóficas principais que auxiliam na formação das estruturas do pensamento jurídico brasileiro, submersas (por óbvio) nos quadros intelectuais de formação geral da vida intelectual brasileira, no decorrer da história. A pretensão, nesse sentido é identificar algumas das permanências e rupturas que servirão como referência para análise e enfrentamento do tema de fundo.

⁴⁷ E aqui devemos atentar para o fato que a natureza do pensamento jusnatural tem certamente uma perspectiva metafísica, enquanto o naturalismo sociológico a que fizemos referência está relacionado a uma natureza empírica, fática, própria do campo científico das ciências duras.

⁴⁸ Com essa característica, em maior ou menor grau, citamos as seguintes obras: NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012; MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007; MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992; PAIM, Antônio. *História das Ideias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987; JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I; JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. II; FRANCA, Leonel. *Noções de História de Filosofia*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1987; COSTA, Cruz. *A Filosofia no Brasil*. São Paulo: Cultrix, 1960; SOUZA, Ricardo Timm. *O Brasil Filosófico*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003. Também nessa linha, TEIXEIRA, Antônio Brás. *História da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Caminho, 2005 e TEIXEIRA, Antônio Brás. *A filosofia jurídica brasileira do século XIX*. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2011.

O objetivo maior nesta fase é entender quais as bases mentais que estabelecem os pilares do pensamento jurídico hodierno. Para tanto, devemos melhor compreender algumas das concepções justeóricas que rivalizam entre si no decorrer do Século XX e que estão no fundamento da formação filosófico-jurídica do Brasil contemporâneo. Porém, uma compreensão mais abrangente exige também uma abordagem, ainda que sintética, das raízes filosóficas originárias com que a intelectualidade brasileira se nutriu para estabelecer teorias setoriais do conhecimento (entre elas o direito). Assim, embora os objetivos sejam sempre aqueles relacionados ao direito, não se evitou breves incursões no campo da história da produção filosófica brasileira, com o único intuito de pavimentar o caminho que conduza às concepções jurídicas que iluminam a dogmática constitucional brasileira hodierna.

1.4.2.1. Sintética apresentação das bases históricas do pensamento filosófico no Brasil

Destacou-se que a busca por uma gênese na estrutura do pensamento jurídico brasileiro pode ser analisada na sua fase colonial a partir de uma teorização largamente conhecida entre os historiadores chamada “longa duração”, ou seja, no caminho de um recorte temporal mais amplo.⁴⁹ Essa, como história inconsciente, que se situa por trás da crosta dos acontecimentos legíveis, em sua constância, movendo-se na “semimobilidade”,⁵⁰ acaba por nos fornecer uma história das mentalidades⁵¹, como campo privilegiado da longa duração histórica. O uso desta metodologia histórica, consagrada pela chamada 2ª geração da *École des Annales*, justifica-se em um contexto no qual as ciências sociais (para aqueles que entendem ser o direito uma ciência social), somando-se umas às outras, tentam apreender o social em sua integridade, com a firme convicção de estar atuando em campo próprio.⁵²

⁴⁹ Neste sentido, seguimos VOVILLE, Michel. *A História e a Longa Duração*. In: NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. (Orgs.). *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I, pág. 376, quando o mesmo afirma que determinadas temáticas só podem ser analisadas na perspectiva da longa duração.

⁵⁰ Conforme bem apresentada síntese dos conceitos de longa duração e história da mentalidade em VOVILLE, Michel. *A História e a Longa Duração*. In: NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. (Orgs.). *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I, pág. 383, quando trata o autor das teorias desenvolvidas por Fernand Braudel.

⁵¹ Ou como definem alguns, “a história da resistência à mudança”, como assim definido em LABROUSSE, Camille-Ernest. *L'Histoire sociale. Sources et méthodes*. Paris: PUF, 1967.

⁵² É a posição em BRAUDEL, Fernand. *História das Ciências Sociais: a longa duração*. In: NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. (Orgs.). *Nossa história em perspectiva*. São Paulo:

Certamente que a colônia não era um conveniente assento social para a vida do espírito, como já teria dito um estudioso das teorias jurídicas vivenciadas em terras brasileiras⁵³. No Brasil⁵⁴, o pensamento filosófico geral foi, desde o início da colonização, fortemente influenciado pelo pensamento religioso jesuítico⁵⁵, e com ele tem início o processo de formação da consciência nacional.⁵⁶ Seguiu, nesse contexto, por óbvio, uma tendência do pensamento filosófico português do período, cuja característica principal foi a de gravitar no entorno de temas religiosos⁵⁷, na linha da Escolástica e da Escola teológica e jus naturalista espanhola⁵⁸, embora relacionados desde sempre a temas vinculados à ação prática⁵⁹. De toda sorte, é com os jesuítas, com suas mazelas e virtudes, que se tem o processo de formação da consciência de pertencimento àquela terra.⁶⁰

Mesmo com a expulsão da Ordem de território brasileiro, no decorrer do Século XVIII, a verdade é que no âmbito do pensamento filosófico as vertentes escolásticas⁶¹, principalmente, nunca deixaram de exercer larga influência na

Cosac Naify, 2011, v. I, pág.88. O famoso historiador, embora entendesse que é possível que no futuro cada uma das ciências acabasse por encontrar vantagens em retomar um caminho mais estreitamente pessoal, entendia que naquele momento (1958) a operação de aproximá-las era urgente. Não nos parece que essa urgência tenha sido superada mais de meio século após. Porém, como se chama a atenção em BURKE, Peter. *História e teoria social*. 2ª ed. São Paulo: Unesp, pág.150, concentrar-se nas mentalidades é esquecer que os indivíduos não exatamente da mesma forma, por isso sugere, na linha que propõe Jacques Le Goff, que o termo “mentalidade” seja usado apenas para descrever as crenças que os indivíduos têm em comum com os outros.

⁵³ Em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 15.

⁵⁴ O fato de usarmos a denominação “Brasil” tem, por óbvio, intenção de melhor situar o espaço geográfico português a que estamos nos referindo, mas certamente trata-se de uma simplificação. A rigor, quando tratamos das terras identificadas por Brasil no período colonial estamos nos atendo à “América portuguesa”, expressão que os historiadores brasileiros vêm adotando.

⁵⁵ Conforme bem avisa PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 218, a maioria das obras de autores brasileiros até a expulsão dos jesuítas têm em vista aproveitar um evento qualquer com o objetivo de evidenciar o primado da salvação. Ou seja, possuem um cariz explicitamente religioso. Também nesta direção, JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 27.

⁵⁶ Conforme CRIPPA, Adolpho. *As idéias Filosóficas no Brasil*. São Paulo: Ed. Convívio, 1978, pág. 19.

⁵⁷ Em PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 201, o autor afirma que a larga tradição estruturada em torno das religiões deixaria marcas profundas na filosofia portuguesa, que assume feição acabada ao longo dos séculos XIX e XX, singularizando-se como vigorosa expressão de uma das possibilidades de manifestação do espírito universal. Na mesma direção, COSTA, Cruz. *A Filosofia no Brasil*. São Paulo: Cultrix, 1960, págs. 19-20.

⁵⁸ Conforme, MONCADA, Luís Cabral. *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, pág. 19. Nessa linha o autor lembra que Aristóteles, Tomás de Aquino, Suárez, Molina, Soto, Mariana, Vctória, Velasco, entre outros, constituíam os expoentes máximos do pensamento filosófico-jurídico português, sendo que, acrescentaríamos nós, influência essa que é, naturalmente estendida ao Brasil português.

⁵⁹ Essa preocupação com o agir prático, em detrimento de uma perspectiva mais ligada à contemplação idealista está expressa em COSTA, Cruz. *A Filosofia no Brasil*. São Paulo: Cultrix, 1960, págs. 23-26, quando o autor refere-se a um estudo do Prof. Joaquim de Carvalho, uma das mais elevadas autoridades em matéria histórica e filosófica de Portugal. Também, concordando com a tese, JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 26.

⁶⁰ Nesta direção, CRIPPA, Adolpho. *As idéias Filosóficas no Brasil*. São Paulo: Ed. Convívio, 1978, pág. 19.

⁶¹ Conforme JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 27. Nessa direção, como bem afirma o autor, sendo São Tomás o expoente máximo de toda a filosofia, estariam

produção intelectual em terras brasileiras⁶². Essa escola do pensamento, que nasce nos mosteiros e centros de ensino mantidos pela Igreja na Idade Média, embora também tenha se dedicado ao estudo e ao ensino da gramática, da geometria, da música, entre outras disciplinas, sempre teve como principais preocupações os temas filosóficos e teológicos⁶³, sendo a mais consistente expressão do pensamento medieval, amplamente hegemônico em Portugal até pelo menos o Século XVIII.⁶⁴

Nessa linha, importa ressaltar que a pretensão da Escolástica era principalmente a de fornecer a fundamentação especulativa da doutrina da fé⁶⁵, tendo como pressuposto que fé e sabedoria se interligam que desde Agostinho deram à razão um sentido dentro da fé (*credo ut intelligam*)⁶⁶. A despeito de a união do conhecimento racional e o saber cristão ter sido defendida por todos os representantes desta Escola⁶⁷, a investigação empírica foi completamente relegada, já que os

errados todos os demais filósofos que porventura dele se afastassem. A chamada Segunda Escolástica Portuguesa foi dominada por um espírito de índole medieval, privando a intelectualidade de um maior contato com a filosofia moderna, sendo que até o fim do Século XVIII a atividade editorial e livreira viu-se fortemente vigiada. Ainda que lentamente tal situação vá sendo superada no decorrer do Século XIX, não há como negar que esta reação estaria profundamente marcada pela prolongada tradição de formalismo e aristotelismo. É o que informa PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 212. A reforçar esta tese, em TEIXEIRA, Antônio Brás. *História da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Caminho, 2005, págs. 39-60, quando apresenta os filósofos portugueses ligados a uma problemática jusfilosófica, entre a medievalidade e o Iluminismo, sendo que as temáticas circunstanciam invariavelmente temas relacionados às leis natural e humana em suas relações com a lei divina.

⁶² Até mesmo porque, conforme informado em OGGERO, Ubirajara. *As origens do pensamento Filosófico no Brasil*. In: *Revista Convívium*. nº 1/86. São Paulo, pág. 69, decaiu o ensino escolástico no Brasil, sem que tivesse ocorrido a sua substituição por outro melhor.

⁶³ Conforme explica LOTHAR, Thomas. *Contribuição para a história da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1944, v. I, pág. 40, pela denominação de Escolástica, a partir da Renascença, se designa certo corpo de doutrina teológica e filosófica por oposição a outras, apoiando-se em ordens religiosos que representavam e ensinavam determinada orientação da escola

⁶⁴ COXITO, Amândio. *Estudos sobre Filosofia em Portugal na época do Iluminismo*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006, pág. 4, lembra que embora o Padre Antônio Vieira já levantasse a voz contra as mediocridades nacionais, em pleno Século XVII, e que já houvesse posições de corrente de opinião adversa ao ambiente inquisitorial e escolástico, até o Século XVIII, nenhuma ideia afetou a essência deste último.

⁶⁵ A verdade transmitida pela escola era uma verdade pré-existente e já encontrada, sendo que método é especulativo, sistematizado, com dependência vinculativa perante a tradição e às autoridades, no sentido de que são determinadas opiniões emitidas por alguns grandes pensadores ou teólogos que podem conceder apoio doutrinário. No que se refere às autoridades, os escolásticos inicialmente buscam procedência de seus pensamentos em Aristóteles (o preferido), Platão, Boetius, Agostinho, Johannes Scotus Eriugena (primeiro escritor escolástico a deixar um sistema filosófico), B. Johannes Damascenus, Dionísio Aeropagita, Isidoro de Sevilha. Mais adiante, outros nomes bastante lembrados são Anselmo de Cantersbury, Petrus Abelardo, Petrus Lombardus, Rocelin de Compiègne, William de Occam (nominalista, considerado o separador da filosofia e da teologia e ligado ao período em que se dá a decadência da Escolástica), Gabriel Biel, Duns Scotus, Alberto Magno, mas principalmente, como maior nome da Escolástica, Tomás de Aquino. Embora, de forma geral, Aristóteles seja reconhecido como a grande autoridade para a maior parte dos escolásticos, foi Tomás de Aquino o filósofo que melhor representou o espírito desta Escola, inclusive cristianizando o pensamento do estagirita, de forma que não parece injusto considerá-lo, até mesmo em razão de sua enorme influência de sua obra no pensamento cristão, a partir do Século XIII (estendendo-se até os dias atuais), o maior intelectual e teólogo da Idade Média. Neste sentido, muitas das vezes os termos “escolástico” e “tomista” são usados de forma aleatória.

⁶⁶ Essa é uma expressão de Santo Agostinho. Muito embora, na maior parte dos escolásticos estivesse presente a ideia de subordinação da filosofia à teologia, sendo a filosofia considerada “*ancilla theologiae*”.

⁶⁷ Segundo LOTHAR, Thomas. *Contribuição para a história da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1944, v. I, págs. 42-43.

escolásticos imprimiram em seus trabalhos um ponto de vista transcendente e acentuadamente metafísico⁶⁸, que correspondeu ao seu desinteresse pelas ciências empíricas, sobretudo pela ciência da natureza.⁶⁹

No início do Século XVIII, surgem alguns movimentos dos chamados intelectuais esclarecidos, os chamados “Ericeirenses”⁷⁰, que criticam a lógica escolástica, considerando-a estéril. A metafísica e a filosofia moral são acusadas de gerarem incertezas enquanto a teologia tradicional é classificada como fútil e verbalista.⁷¹ Esse movimento, embora tímido, demonstra o anseio de renovação cultural na direção dos ideais iluministas difundidos na Europa, enquanto, concomitantemente, aponta para a superação das linhas escolásticas de pensamento.

De toda forma, importa ressaltar que mesmo com a expulsão da Ordem dos Jesuítas de território brasileiro, no decorrer do Século XVIII, a verdade é que no âmbito do pensamento filosófico as vertentes escolásticas⁷², principalmente, nunca deixaram de exercer larga influência na limitada produção intelectual na América portuguesa⁷³, apesar dos esforços (não tão bem sucedidos⁷⁴) promovidos pelo

⁶⁸ Chama-nos atenção, LOTHAR, Thomas. *Contribuição para a história da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1944, v. I, pág. 45, que esta é uma razão pela qual os filósofos escolásticos se interessaram pouco em conceber uma ética concreta, mas sim estabelecer um estudo acerca dos problemas que circunstanciavam a *Lex Aeterna*, fundamento metafísico de qualquer ética.

⁶⁹ Embora algumas investigações posteriores mostrem que vertentes escolásticas ligadas à escola parisiense de Occam já se ensinavam princípios de mecânica e astrofísica modernas, que mais adiante seriam defendidas por Galileu e Copérnico. Em LOTHAR, Thomas. *Contribuição para a história da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1944, v. I, pág. 46. Talvez seja possível afirmar que também Gabriel Biel tenha seguido esta direção, em continuidade ao desenvolvimento das teorias de William de Occam. Este ponto é importante ressaltar, de forma a demonstrar que algumas das sementes que germinarão na Modernidade já estão sendo lançadas por pensadores ainda medievais-escolásticos.

⁷⁰ Os Ericeirenses recebem essa denominação em razão de se encontrarem em reuniões no palácio dos condes de Ericeira, em Lisboa. Conforme COXITO, Amândio. *Estudos sobre Filosofia em Portugal na época do Iluminismo*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006, pág. 10. (Disponível também em <[HTTPS://www.incm.pt/portal/bo/produtos/anexos/10053620100607143444470.pdf](https://www.incm.pt/portal/bo/produtos/anexos/10053620100607143444470.pdf)>, Acesso: 21/07/2013).

⁷¹ Conforme informa COXITO, Amândio. *Estudos sobre Filosofia em Portugal na época do Iluminismo*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006, págs. 10 e 11, tais ideias estão expressas em BLATEAU, Rafael. *Academia Teológica*. In: *Prosas Portuguesas I*. Lisboa, 1729, sendo autor um clérigo de ascendência francesa que assume as linhas de influência iluministas.

⁷² Conforme JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 27. Nessa direção, como bem afirma o autor, sendo São Tomás o expoente máximo de toda a filosofia, estariam errados todos os demais filósofos que porventura dele se afastassem. A chamada Segunda Escolástica Portuguesa foi dominada por um espírito de índole medieval, privando a intelectualidade de um maior contato com a filosofia moderna, sendo que até o fim do Século XVIII a atividade editorial e livreira viu-se fortemente vigiada. Ainda que lentamente tal situação vá sendo superada no decorrer do Século XIX, não há como negar que esta reação estaria profundamente marcada pela prolongada tradição de formalismo e aristotelismo. É o que informa PALM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 212. A reforçar esta tese, em TEIXEIRA, Antônio Brás. *História da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Caminho, 2005, págs. 39-60, quando apresenta os filósofos portugueses ligados a uma problemática jusfilosófica, entre a medievalidade e o Iluminismo, sendo que as temáticas circunstanciam invariavelmente temas relacionados às leis natural e humana em suas relações com a lei divina.

⁷³ Até mesmo porque, conforme informado em OGGERO, Ubirajara. *As origens do pensamento Filosófico no Brasil*. In: *Revista Convívium*. nº 1/86. São Paulo, pág. 69, decaiu o ensino escolástico no Brasil, sem que tivesse ocorrido a sua substituição por outro melhor.

Marquês de Pombal (ele mesmo um estrangeirado⁷⁵), no sentido de secularizar o ensino no Brasil, no Século XVIII. ⁷⁶ Nesse sentido, não há como recusar a afirmativa de que “o verdadeiro Brasil é católico”, expressa já na primeira metade do Século XX.

Mesmo que já fosse observável a decadência da chamada Segunda Escolástica Portuguesa (fenômeno observável após a Restauração) ⁷⁷ antes mesmo do processo de expulsão dos jesuítas⁷⁸, a verdade é que o fenômeno se dá menos pela força das escolas que a ela se opuseram em Portugal (o cartesianismo, o newtonismo⁷⁹, o empirismo⁸⁰ e o ecletismo) ⁸¹ do que propriamente pela intervenção

⁷⁴ Conforme TEIXEIRA, Antônio Brás. *A filosofia jurídica brasileira do século XIX*. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2011, pág. 7, isso se dá em razão de que as aulas régias criadas pela Coroa eram em número muito inferior aos colégios que se destinavam a substituir, o que levava com que as famílias abastadas dessem preferência a que seus filhos continuassem ingressando em instituições de ensino ministrada por ordens religiosas (franciscanos, beneditinos e carmelitas). Além do mais, a reforma pombalina, tanto no que se referia ao ensino universitário, como no que diz respeito a outros graus de ensino, ao mesmo tempo em que demonstrava clara preferência às ciências naturais, à gramática e à retórica, relegava ao ensino filosófico, principalmente nos primeiros anos da referida reforma, diminuto valor. Por essa razão, mantiveram as ordens religiosas a hegemonia no ensino da filosofia e, por via de consequência, daperspectiva escolástico-tomista.

⁷⁵ Conforme PEREIRA, José Esteves. *Percurso de história das ideias*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2004, pág. 53. O termo refere-se a um conjunto de altos funcionários e de burgueses portugueses que em razão de maior contato com os ideais iluministas e liberais, resultado de prolongadas estadias no estrangeiro (principalmente na França), importam e passam a divulgar tais ideias em Portugal.

⁷⁶ De toda sorte, é importante lembrar que as escolas religiosas jamais deixaram de estar na dianteira do que melhor se ofertou em termos de ensino no país, sendo as mesmas responsáveis pela formação de grande parte das elites intelectuais brasileiras, realidade essa que não se alterou substancialmente até os dias de hoje. Para tanto, basta consultar os últimos rankings produzidos pelo Ministério da Educação no sentido de aferir os melhores colégios brasileiros. Ano após ano, as escolas católicas continuam a figurar entre as mais qualificadas do país.

⁷⁷ Um jusnaturalismo de preponderante viés tomista que inicia uma fase de perda de prestígio na segunda metade do Século XVIII, mais precisamente a partir em 1759, com a expulsão do Brasil das ordens jesuítas, ação patrocinada pelo Marquês de Pombal. Mesmo que seja reconhecido o esforços promovidos por Soriano de Souza no decorrer deste citado Século XIX, a verdade é que “seria preciso esperar o início da centúria seguinte para que, através de autores como Alexandre Correia (1890-1984), Alceu Amoroso de Lima (1893-1983), José Pedro Galvão de Souza (1912-1982) ou Godofredo da Silva Teles Júnior (1915), no Brasil, o pensamento tomista viesse a ser acolhido no domínio filosófico jurídico”. Conforme TEIXEIRA, Antônio Brás. *A filosofia jurídica brasileira do século XIX*. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2011, págs. 37- 45. Também nesta direção SALDANHA, Nélson. *A filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos – Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. 1, Jan-Junho, 1986, págs 91-108.

⁷⁸ Já em 1746, Luís Antônio Verney com sua obra “Verdadeiro Método de Estudar” já propunha novos métodos pedagógicos calçados no uso crítico da razão, com características acentuadamente humanistas, em detrimento dos métodos tradicionais. Conforme MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 21. Aliás, Verney, juntamente com os citados estrangeirados representam uma expressão consolidada de convicções empiristas no mundo intelectual português do Século XVIII, conforme atesta PEREIRA, José Esteves. *Percurso de história das ideias*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2004, págs. 41 e 51-52.

⁷⁹ O cartesianismo, o newtonianismo e o empirismo lockeano representam uma das linhas fundamentais da nova estruturação dos discurso filosófico e científico em Portugal conforme PEREIRA, José Esteves. *Percurso de história das ideias*. Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da Moeda, 2004, pág. 41.

⁸⁰ Principalmente o lockeano, conforme PEREIRA, José Esteves. *Percurso de história das ideias*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2004, pág. 29.

⁸¹ Segundo CARVALHO, Joaquim de. *Subsídios para a História da Filosofia e da Ciência em Portugal – II*, Coimbra: Boletim da Biblioteca da Universidade de Coimbra, 1952, pág. 2. O cartesianismo se distinguiu mais pela divulgação de concepções físicas do que propriamente pela irradiação das concepções metafísicas e racionalistas das ideias distintas. Já o empirismo se faz notar pelo desapareço à problemática tradicional e correlativo interesse pelos resultados da observação e da experimentação

abrupta promovida por Pombal. A verdade é que o pensamento de tradição escolástica, desenvolvido em larga escala pelos jesuítas⁸² no Brasil colonial, não sofre o revés que se poderia supor, até mesmo porque era disseminado, em terras brasileiras, também pelas importantes ordens dos franciscanos e dominicanos. Por esta razão, se por um lado faz todo sentido a tese esgrimida por aqueles que afirmam que a tradição escolástica, em sua perspectiva lógico-especulativa, marcou o pensamento português muito mais do que seria lícito admitir à primeira vista⁸³; por outro lado, não faria o menor senso deixar de incluir nesse contexto os pensamentos filosóficos e jusfilosófico a que se submeteu a América portuguesa.

A bem da verdade, e é bom que se diga, no que se refere ao pensamento filosófico-jurídico, somente é possível identificar um traço de maior expressão nesta vertente em período um pouco anterior à independência política.⁸⁴ Referimo-nos mais especificamente à obra desenvolvida por Tomás Antônio Gonzaga, que para alguns é considerado como aquele que primeiro trata da temática filosófico-jurídica em terras brasileiras⁸⁵. Em seu Tratado de Direito Natural, escrito em Vila Rica, ainda no Século XVIII, em meio ao raro ambiente urbano existente na colônia – decorrência direta da riqueza acumulada pela mineração –, mostra-se este ainda profundamente vinculado ao jus naturalismo teológico⁸⁶.

Nesta linha, embora possam transparecer contraditórias as visões jurídica (conservadora e teológica) e política (supostamente revolucionária, republicana e liberal) externadas pelo autor de Marília de Dirceu, dada sua participação no movimento inconfidente de Minas Gerais⁸⁷, segundo a historiografia

concreta. Por último, no ecletismo é observável a luta pela liberdade de opinião e pelo repúdio de espírito de sistema.

⁸² Conforme JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 27.

⁸³ Conforme PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 222. Porém, nesta mesma direção e de forma mais contundente, com a qual concordamos *in totum*, é afirmado em REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Grijalbo; EDUSP, 1976, pág. 12, que “só por manifesto sectarismo se tenta passar uma esponja sumária sobre o que a Escolástica representou e representa em nossa formação cultural.”

⁸⁴ Conforme se deixa transparecer em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, pág. 1969, pág. 15, antes disso seria prematuro encontrar em nosso precário ambiente cultural, qualquer espécie de brilho intelectual mais intenso. Também nesta direção, WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, págs. 51 e 52.

⁸⁵ Embora esse entendimento seja expressamente apontado em NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, pág. 310, tal dado não contradita com outras opiniões expressas nas demais obras que enfrentam a temática.

⁸⁶ Isso fica claro quando em GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, parte III, capítulo II, pág. 183, *caput*, o autor, criticando a posição de Grócio, que aceitava a existência do direito natural, ainda que Deus não existisse, afirmou “que de nenhuma sorte se deve admitir, porque, tirado de Deus, não podemos conceder legislador, e sem legislador não podemos admitir algum preceito”.

⁸⁷ Nessa direção, MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, pág. 1969, pág. 16-17.

especializada sua adesão aos ideais revolucionários deveu-se mais aos seus interesses particulares do que propriamente às suas convicções ideológicas. Assim, a assunção da perspectiva jus natural de raízes teológicas em contraposição à ausência de uma formulação jurídica em direção aos ideais libertários iluministas não parece carecer de sentido.

Não se pode deixar de salientar que, embora tenhamos vertentes jus naturais calcadas em uma visão teológica, outras posições decorrentes do jus naturalismo moderno adensam a tradição jus natural portuguesa. A *Escola de Direito Natural e das Gentes*, do Séculos XVII e XVIII recebe inegável influência de alguns dos maiores representantes do direito natural moderno tais como Grócio, Pufendorf, Tomásio e, já na transição para o chamado “despotismo inteligente”, Wolff.⁸⁸

A mencionada contradição de Antônio Tomás Gonzaga, anteriormente citada, de toda forma, acaba por ser emblemática, pois nos conduz a duas características marcantes no âmbito do pensamento jurídico luso-brasileiro e que se estenderão no tempo, deixando cicatrizes evidentes na estrutura mental do sistema jurídico brasileiro, conforme veremos a seguir. São elas:

a) A produção de novos discursos jus teóricos se faz sem que jamais se rompa definitivamente com o padrão tradicional jus naturalista. Por mais que essas linhas jusnaturalistas, predominantemente de caráter escolástico-tomista, venham a sofrer o assédio contundente das diversas correntes de pensamento que com elas rivalizarão – principalmente, como veremos mais adiante, as linhas positivistas - restará sempre um traço (mais forte ou mais fraco, conforme o tempo histórico) da mesma, que se manifestará contra a separação entre moralidade e juridicidade, e;

b) A capacidade do sistema jurídico brasileiro em assimilar novas tendências, sem a elas aderir completamente. Segue, assim, uma lógica dialética que, estando sempre disposta a desconsiderar uma possível ausência de harmonia entre o vigente e a novidade, tenta de toda a forma conciliá-los, sem (aparentemente) demonstrar (o aconselhável) temor ao perigo de que as (possíveis) contradições ocorram em tal dimensão que a procurada conciliação se mostre impossível.

⁸⁸ É o que constata MONCADA, Luís Cabral. *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, pág. 27-28, lembrando o autor, inclusive, desde 1772, a adoção do livro do barão de Martini (de influência wolffiana), como compêndio para a cadeira de Direito Natural, seguindo uma tendência crescente em algumas outras universidades europeias (Friburgo, Innsbruck, Praga, Viena) de estudar a filosofia do direito sob o nome de Direito Natural

Essas duas características se evidenciam no decorrer da história de formação do pensamento brasileiro, em particular no âmbito jurídico, a partir do Século XIX, conduzindo-nos ao enfrentamento do próximo ponto.

1.4.2.2. O surgimento da consciência filosófica e jurídica nacional - A primeira metade do Século XIX

No Século XIX, mesmo que em meio a uma ausência de originalidade⁸⁹ e maior qualidade⁹⁰, não foram poucas as experiências que tentam desconstruir essa influência hegemônica das correntes escolástico-tomistas, ainda que não se deva desconsiderar alguma influência de algumas ideias presentes no ideário iluminista-liberal já a partir no fim do Século XVIII.⁹¹

Entre incursões no pensamento rousseauiano e kantiano, como a realizada por Diogo Feijó⁹² no início do Século XIX, surge o chamado empirismo mitigado⁹³ que - como informa a própria denominação recebida -, embora tenha a pretensão de alcançar uma perspectiva mais “científica”, não consegue superar a

⁸⁹ Conforme JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 25 e 24. Todavia, PRADO JR, Bento. *Profissão filósofo*. In: *Cadernos PUC*, nº 01, 1980, pág. 24, nos dias atuais, embora afirme a não existência de uma filosofia brasileira, já reconhece a qualidade da literatura filosófica que vai sendo produzida no país, no tempo da produção do artigo..

⁹⁰ Nesta direção, JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 25 e 28.

⁹¹ Lembramos, sob pena de fazer transparecer que o Brasil era imune às ideias que corriam nos grandes centros metropolitanos europeus, que o ideário iluminista francês, embora aqui tenha chegado de forma reduzida, muito influuiu na formação do espírito revolucionário de alguns movimentos separatistas. Conforme bem atesta FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª ed. São Paulo: Edusp, 2008, pág. 114 e 120, mais explicitamente a Inconfidência Mineira, em 1789 e a Conjuração dos Alfiates, na Bahia, em 1798. Todavia, vale a pena lembrar, conforme informa JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, págs. 78-79, que um dos principais mentores da Inconfidência Mineira, o já anteriormente citado Tomás Antônio Gonzaga, monarquista convicto, tomando também por base o pensamento tomista (além dos pensamentos de Aristóteles, Sêneca e Santo Agostinho), defende a teoria do direito divino dos monarcas, demonstrando o alto grau de ecletismo teórico que iluminou esses movimentos. Além do mais, como vimos anteriormente, embora não fosse predominante, o pensamento liberal e iluminista, como vimos já fazia algum eco entre as elites portuguesas desde a primeira metade do Século XVIII.

⁹² SOUZA, Ricardo Timm. *O Brasil Filosófico*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003, pág. 44. O kantismo esteve sempre associado ao nome do Padre Feijó, e isso é confirmado pelos diversos autores, a verdade é que o prussiano é introduzido no Brasil por Martin Francisco Ribeiro de Andrada em 1803, conforme informam REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed. São Paulo: Grijalbo, 1976, pág. 18 e PAIM, Antônio. *História das Ideias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 340, embora fundamente-se este último na pesquisa do primeiro.

⁹³ Que se traduz em algumas principais teses: a) a verdadeira filosofia reduz-se à ciência, sendo ilegítima a metafísica ensinada em Portugal até as reformas de Pombal; b) o conhecimento se origina nas sensações, embora se possa apreender em nossa mente ideias cuja proveniência não se pode estabelecer de forma precisa e c) se no âmbito da filosofia natural a verdade está com os modernos, no terreno da filosofia moral deve-se seguir a tradição, embora se possa reconhecer como legítimas algumas teses modernas.

influência de uma tradição filosófica especulativa⁹⁴. Atente-se para o fato de que o empirismo, mesmo que valorizado por parte da elite intelectual brasileira neste período, não consegue fincar raízes no país em suas concepções mais ortodoxas. Pelo contrário, a assimilação destas concepções é sempre contaminada por linhas teóricas presentes nas raízes tradicionalistas desta elite.⁹⁵

Parece-nos, assim, mais coerente aderir à posição daqueles que defendem a tese de que aquilo que mais atraía no início da vida nacional, por força de nossa tradição, eram menos os valores de cunho científico-gnosiológicos do criticismo, do que os ideais éticos e a formulação liberal do pensamento político.⁹⁶ Daí entendermos que o kantismo, em sua grandiosidade, chegou-nos mais propriamente em suas concepções éticas, sociais e políticas, a partir do desenvolvimento das linhas de pensamento rousseauianas, relegando ao segundo plano as matrizes críticas às estabelecidas (principalmente) na Crítica à Razão Pura.

Em um ambiente sempre mais afetado pelos saberes do espírito do que pela ciência, foi nas recém-criadas Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo que os estudos filosóficos encontraram seus mais significativos progressos. Matérias anteriormente abordadas nos Seminários passavam a ser objeto de análise nas Escolas de Jurisprudência, de forma que, pouco a pouco, a mentalidade religiosa foi perdendo espaço à do bacharel.⁹⁷ Mesmo que essa cultura “bacharelesca” seja objeto de muitas críticas nos dias de hoje, não sobram dúvidas acerca da grande influência que essa mudança de paradigma acabou por causar.

1.4.2.3. O Ecletismo e a conciliação das diversas vertentes: a emergência de uma tradição

O chamado “ecletismo” foi uma corrente que se desenvolveu com destaque no país, em meados do Século XIX (mais propriamente entre 1833 e 1845).

⁹⁴ Mesmo que de forma imperfeita, o simples fato de Feijó procurar distinguir entre a atitude crítica, cética e dogmática é surpreendente, se tivermos em conta que, quando Cousin divulga o sistema kantiano na França em 1824, Augusto Comte quase nada sabia sobre o pensamento do prussiano. É o que se pode perceber em REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed. São Paulo: Grijalbo, 1976, pág. 18.

⁹⁵ Conforme MONCADA, Luís Cabral. *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, págs. 60-61, o pensamento tradicionalista, contra-revolucionário, produziu vasta literatura no período (principalmente a partir de 1823) vinculando-se a ideias tais como : “o homem-animal essencialmente político” de Aristóteles; o direito divino; os inauferíveis direitos dos reis; a normatividade da tradição histórica, o valor político do catolicismo, entre outras.

⁹⁶ Nesta linha, REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed. São Paulo. Grijalbo, 1976, págs. 18-19.

⁹⁷ Neste sentido, REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed. São Paulo. Grijalbo, 1976, pág. 16.

Desenvolvido por Silvestre Pinheiro,⁹⁸ é considerado o primeiro movimento filosófico plenamente estruturado no Brasil. O nome com que se consagrou a referida corrente já ajuda, se não a defini-la, ao menos a situar sua característica mais marcante. Nessa linha, parece-nos que essa tendência eclética, com o passar tempo, virá a se tornar a marca mais significativa do nosso pensamento.

O ecletismo, embora respeitando a mentalidade científica e a filosofia modernas da época, concede a estas uma configuração sistemática de base aristotélica, em clara aproximação à vertente escolástica. Junte-se tal característica a uma segunda, que se refere a uma clara e inequívoca concessão ao espiritualismo histórico de Victor Cousin⁹⁹ e, por óbvio, ao empenho conciliador presente em sua obra¹⁰⁰. Como acentuou Émile Brehier, Cousin foi intencionalmente pacificador e árbitro, tentando estabelecer uma linha filosófica que não se chocasse nem mesmo com a religião.¹⁰¹

Essa corrente teve relevante papel no âmbito da política, mais precisamente no processo de estruturação do Império em meio a posições políticas extremadas após a abdicação de D. Pedro I. Entre o conservadorismo intransigente e o reformismo radical, fez-se necessária uma perspectiva conciliatória, utilizada de forma constante pela nova elite dirigente, cujo *modus procedendi* é apreendido a partir da experiência prática.¹⁰² Nesse ponto, sua aceitação pela elite intelectual pátria parece se justificar plenamente, sendo que não nos parece excessivo afirmar que a mesma encontra no espírito intelectual do povo brasileiro as condições ideais para sua aceitação e reprodução.

⁹⁸ Victor Cousin, manteve com Silvestre Pinheiro contato frequente e íntimo, o que, em parte explica a reabilitação de seu pensamento no Brasil. Anteriormente já havia sido apresentado ao público brasileiro principalmente por Antônio Pedro de Figueiredo (apelidado de Cousin Fusco), embora, após algum inicial entusiasmo, tenham sido tais teorias abandonadas.

⁹⁹ Victor Cousin está na origem do ecletismo como espécie de espiritualismo histórico que consiste em recolher e justapor, nos diversos sistemas filosóficos as teses consideradas verdadeiras sem se preocupar com sua coerência. Assim, segundo Cousin, o ecletismo é um método histórico supondo uma filosofia avançada capaz de discernir o que há de verdadeiro e o que há de falso nas diversas doutrinas, a fim de que, após uma depuração, possa ser instaurada uma doutrina melhor e mais ampla.

¹⁰⁰ Conforme PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 286, Cousin manteve relações com Hegel e foi um dos mais conhecidos filósofos franceses de seu tempo. Defendia que o desenvolvimento histórico da filosofia se constituía em ciclos, cujos momentos eclodiriam através de oposições. Em cada ciclo, o sensualismo seria superado pelo idealismo, e ambos pela atitude cética. Esta, transformando-se em novo dogmatismo, daria conformação a um misticismo. Dada a insatisfação do homem, este procuraria na experiência sensível, novas respostas o que acarretaria no início de um novo ciclo. Porém o próprio Cousin define o ecletismo como um método histórico supondo uma filosofia avançada capaz de discernir o que há de verdadeiro e o que há de falso nas diversas doutrinas, de forma que, após uma depuração, possa ser instaurada uma doutrina melhor e mais ampla, embora sem maiores preocupações com a coerência sistêmica.

¹⁰¹ Em BREHIER, Émile. *Historia de la Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1956, tomo 3, pág. 299.

¹⁰² Nesta linha, PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 290.

Assim, deve-se ter em conta que novas linhas de pensamento vão sendo incorporadas no caldeirão de ideias que pressupõe a junção de concepções diversificadas. O historicismo de Antônio Pedro Figueiredo, seguindo essa perspectiva do ecletismo espiritualista, misturou várias tendências do pensamento tais como o socialismo, liberalismo, ecletismo, temperando-as com uma profunda cristandade.¹⁰³

De maneira geral, essa tendência de mesclar pensamentos conciliando posições rivais, ao extrair formas impuras que melhor se adéquam à específica realidade, longe de ter estabelecido uma maneira inadequada de desenvolver o saber (jurídico inclusive), parece ser a fórmula estabelecida pela *intelligentsia* brasileira para recepcionar e “legitimar” as teorias advindas dos grandes centros de produção intelectual. Importa observar, que esta mesclagem, na linha do que foi dito acima acerca do pensamento de Antônio Pedro Figueiredo, sempre se manteve fiel ao pensamento cristão de raiz católica.¹⁰⁴

Esse, aliás, parece ser um ponto fundamental. A força do pensamento católico, embalado pelo regime do padroado sempre se fez presente de forma hegemônica nas linhas filosóficas presentes no Brasil até a segunda metade do Século XIX¹⁰⁵, quando se dá início a influência do positivismo. Como anteriormente abordado, o pensamento católico expressou-se de forma mais ampla por intermédio das linhas tomistas, as quais se mantiveram hegemônicas como filosofia oficial do pensamento católico, e nesse sentido, com grande influência no Brasil, até o Concílio Vaticano II de 1961.¹⁰⁶

Como se pode observar pelo que até aqui se desenvolveu, a questão acima apontada é de alta relevância, pois reforça ponto fundamental na determinação de uma das características fundantes do pensamento jurídico brasileiro, além do citado ecletismo (em seu sentido *lato*, e não como denominação de escola específica) a que fizemos referência. Referimo-nos, neste caso, à larga influência exercida pelo pensamento escolástico-tomista na forma de produção do pensamento brasileiro e sua vertente jurídica, o jus naturalismo tomista. Embora com roupagem atualizada nos dias

¹⁰³ Conforme JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 162.

¹⁰⁴ A afirmação está presente em VICTOR, Nestor Farias Brito. *Obra Crítica*. Rio de Janeiro: Fundação da Casa Rui Barbosa, 1917, pág. 56, embora em um contexto que critique os preceitos aristotélico-tomistas presentes na raiz do pensamento brasileiro.

¹⁰⁵ Conforme JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 103, “até 1968, o catolicismo reinante não tinha sofrido nestas plagas o mais leve abalo; a filosofia espiritualista, católica e eclética, a mais insignificante oposição...”

¹⁰⁶ Em PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 352, o autor afirma que antes deste evento vigorou com enorme força o ponto de vista tradicionalista de que fora do mesmo (tomismo) não haveria possibilidade para a filosofia católica. Lembra o autor que este é um ponto-de-vista fortemente defendido pelo Padre Leonel Franca, na primeira metade do Século XX.

atuais, não são características que se limitaram no tempo. Pelo contrário, ainda hoje se fazem sentir de forma contundente pelas raízes profundas com que se fixou. A ideia de que a *lex humana* não está habilitada a se sobrepor a *lex naturalis* fica evidenciada não na forma originária, em seu cariz religioso, mas em sua concepção desnudada das concepções religiosas, que apontam hodiernamente para uma real aproximação entre justiça e direito.

Se por um lado, o ecletismo em sentido *lato* parece mesmo ser um traço essencial na nossa forma de produzir o pensamento, o que se observa é que mesmo com a ascensão do cientificismo (como veremos a seguir), o tradicionalismo filosófico e sua visão escolástico-tomista nunca deixaram de exercer - em uma lógica de permanência mental - influência (em maior ou menor intensidade) na formação do pensamento filosófico brasileiro, sendo, então, elemento central nesse processo de hibridização a que se submete o pensamento filosófico brasileiro e o jurídico, em particular.

No âmbito do Direito, aliás, é possível afirmar que, seguindo a lógica tradicional, anteriormente exposta, as correntes jusnaturalistas, ao menos até o fim da década de sessenta do Século XIX foram amplamente hegemônicas, seguindo a tradicional linha de submissão da *lex positiva* pela *lex naturalis*, independentemente da vertente analisada. Mostrando o vigor com que a temática foi desenvolvida, houve quem, em um esforço classificatório, estabelecesse uma tipologia de “jusnaturalismos”¹⁰⁷ que, apresentando relevância em terras brasileiras, podem ser identificados a partir de cinco modelos: o jusnaturalismo ilustrado¹⁰⁸, o ideológico¹⁰⁹, o escolástico¹¹⁰, o católico¹¹¹ e o krausista¹¹².

¹⁰⁷ O mérito de tal esforço encontra-se concretizado em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 36 e ss.

¹⁰⁸ Segundo MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 37, o jusnaturalismo ilustrado, advém dos adeptos do racionalismo iluminista e liberal, sendo sua preocupação básica encontrar um princípio de razão que pudesse conceder legitimidade aos mandamentos da lei. Nesse caso, haveria uma luz interna, uma intuição que permitiria o homem captar a universalidade e a imutabilidade do *ius naturalis*, de forma a seguir a linha do jusnaturalismo racionalista moderno. Essa versão teve como grandes defensores Pedro Autran e seu discípulo e sucessor João Silveira de Souza, ambos da Faculdade de Olinda (depois, Recife).

¹⁰⁹ Em MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 37, é assim denominado pelo autor. Porém, é em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 23-28, que encontra-se melhor definido. Foi bastante criticada pela sua imprecisão doutrinária. Nasceu da necessidade de se elaborar um manual para o ensino da cátedra de Direito Natural na Academia de São Paulo, o que foi efetivado por Avelar Brotero. As fortes críticas advieram em virtude de uma conciliação de doutrinas tradicionais com autores modernos. Pode-se, por exemplo, observar uma visão sensista (conforme observado em REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed. São Paulo. Grijalbo, 1976, pág. 81), mas, concomitantemente, um afastamento ao materialismo quando afirma que a natureza naturante (Providência Divina) é quem dita as normas, ou o complexo de normas, gravando-as no coração do homem. Em NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, pág. 313.

Ressalte-se, na esteira do que afirmou Machado Neto¹¹³, que a tradição jus naturalista não se esgota nas correntes do Século XIX. Pelo contrário, a tradição

¹¹⁰ Em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 28-33. Representa a corrente ortodoxa, na linha do que vem sendo afirmado e teve como um dos seus expoentes José Soriano de Souza. Ao manter-se coerente com a visão tomista, distinguiu a lei natural e a lei humana (de forma a melhor discernir entre direito natural e direito humano), caracterizando a filosofia jurídica como ciência que, apoiada em princípios evidentes, investigaria os direitos da natureza humana e suas características mais essenciais, em uma concepção bastante difícil de ser defendida, principalmente pela definição de ciência no Século XIX. A preocupação básica, em uma perspectiva conciliadora de difícil solução, era relacionar poder divino e soberania popular; moral cristã e moral relativista. Aliás, nessa direção o Padre Leonel Franca em FRANCA, Leonel. *Noções de História de Filosofia*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1987, pág. 274, em defesa às críticas proferidas contra Soriano Souza em razão de sua adesão a um jusnaturalismo de cariz religioso, principalmente aquelas desferidas por Sílvio Romero, defende o seu sincero e coerente catolicismo, elogiando suas escolhas para melhor traduzir o pensamento jusnatural tomista (Liberatore, Taparelli, Senseveriano e Kleutgen). Sobre a religiosidade de Soriano Souza e sua vinculação ao catolicismo o próprio não deixa dúvidas com o seguinte fragmento: “o catolicismo é a única religião verdadeira, a única regra perfeita e infalível da verdade e da justiça, o caminho único para a salvação e de vida.” (em SOUZA, José Soriano. *A religião do Estado e a liberdade de cultos*. Recife: s/ed., 1867, pág. 30).

¹¹¹ Em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 34-38, faz referência a esta espécie de jusnaturalismo como “Ultramontano”. O Jusnaturalismo Católico representou, nessa linha, a ortodoxia da Igreja Católica e teve como grande representante Sá e Benevides. Seu modelo não deixa de guardar com o último apresentado grande semelhança, embora seja considerado mais radical e reacionário. Seus maiores esforços são no sentido de nos fazer compreender a importância da *lex aeterna* na determinação da *lex naturalis*, o que parece reforçar a importância de Santo Agostinho nesta formulação. Vale lembrar, conforme afirmado em MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 40, que isso não deixa de significar que a *lei natural* não possa ser demonstrável pela experiência e pela razão, competindo à filosofia jurídica o papel de desenvolvê-la, o que nos reconduz à São Tomás de Aquino. Nesse sentido, a *lex naturalis*, como decorrência da *lex aeterna* é apenas uma influência desta última, tendo portanto, as características de ser divina, universal, perpétua, absoluta, necessária, moral, racional, social, revelada e obrigatória. Não deixa de ser interessante o fato de Sá e Benevides reconhecer as virtudes do ecletismo de Cousin em seus esforços de restauração do tradicionalismo abalados pelo materialismo desenvolvido na França (Condillac, Helvétio, os enciclopedistas) nos últimos tempos e que tão influente se tornou na Europa, embora em SÁ E BENEVIDES, J. M. C. de. *Philosophia elementar de direito público: interno, temporal e universal*. São Paulo, s/ed, 1887, pág. 4, entre os elogios formulados, afirma que a aceitação das teorias ecléticas (Royer Collard, Cousin, Guizot e Duque de Broglie) se dá com restrições.

¹¹² Por último temos o chamado jusnaturalismo krausista, no qual no Brasil foi impulsionado, principalmente por João Teodoro Xavier de Mattos e Galvão Bueno, no âmbito da Escola de Direito de São Paulo. Duas características podem ser observadas no desenvolvimento estabelecido por esses dois autores, a partir das teses de Krause e seus discípulos, Ahrens (bastante divulgado em nosso meio) e G. Tiberghien: a) crítica à corrente espiritualista cousiniana em razão de sua ausência de um conteúdo social definido (com que João Teodoro responde com uma maior abertura para questões de natureza social); b) ataque a leitura krausista de Vicente Ferrer de Neto Paiva, que ora tendendo ao jusnaturalismo metafísico e dogmático de Krause, ora tendendo ao idealismo crítico de Kant, tentara uma conciliação entre essas posições, o que, para estes autores não era possível, tendo sido apoiados, neste ponto, por Cabral de Moncada. Em MONCADA, Luís Cabral. *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, págs. 63 e seguintes. Neste ponto específico, tal incompatibilidade em muito se deve à ênfase ao individualismo do grande filósofo prussiano, que se espalhava, por óbvio, aos seus estudos de natureza jurídica. Porém, não deixa de ser interessante o fato de o próprio Krause ter se considerado o mais autêntico seguidor do pensamento kantiano, criticando interpretações de Fichte, Schelling e Hegel. Nesta perspectiva jusnatural, João Teodoro acaba por identificar, na linha krausiana, direito e moral, afirmando que o “direito em geral é o conjunto harmonioso e científico (sic) dos princípios de justiça”, conforme estabelecido em MATTOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. São Paulo: s/ed., 1876, pág. 61, o que vai integralmente ao encontro da visão krausista que, preocupada com a ascensão da humanidade para Deus, até chegar a uma humanidade racional, aplicou seu pensamento metafísico à ética e à filosofia do direito. Assim, o direito natural é visto como “os princípios necessários universais e incondicionados da justiça”. De toda sorte, não deixa de ser surpreendente, ou mesmo contraditório, o fato de empregar nos seus escritos os termos legalidade e legitimidade como sinônimos, o que, incoerente com uma perspectiva jusnatural, aproximou-o de uma perspectiva juspositiva.

¹¹³ MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 41-42.

jus natural terá representantes de peso no decorrer do Século XX - inclusive na vertente tomista -, com diversos nomes de peso da filosofia jurídica brasileira. Por enquanto, é só nosso interesse enfatizar a força dessa tradição de pensamento jus natural até o aparecimento das primeiras escolas que a ela, efetivamente, farão oposição. De toda forma, faz-se necessário que aclaremos desde já que, mesmo nos períodos em que foram violentamente atacadas, nunca as vertentes jus naturais se deram por completamente vencidas. Essa é uma das permanências observadas no âmbito do pensamento jurídico brasileiro e que reforça uma tendência neste a vincular à validade normativa ao problema do valor.¹¹⁴

Analisaremos, então, a seguir, o contexto intelectual em que o jusnaturalismo e, por consequência, o tomismo, passa a ter essa posição de proeminência fortemente contestada, ampliando e adensando os espaços de possibilidade dos embates jus teóricos em terras brasileiras.

1.4.2.4. A renovação do ideário intelectual no Brasil – a ascensão do positivismo e das versões “naturalistas”

A reboque da chamada “segunda revolução industrial” observou-se no decorrer do Século XIX um amplo entusiasmo com as ciências e com as técnicas¹¹⁵, sendo que a filosofia passou, neste contexto, a afirmar total e plena confiança no saber científico e na tecnologia para fins de dominação e controle da natureza, da sociedade e dos indivíduos. Este exacerbado otimismo cientificista levou a que a própria filosofia supusesse que no futuro só haveria ciências, e que o seu próprio papel de produtora de conhecimento e explicações estaria fadado ao desaparecimento¹¹⁶.

Não se pode deixar de lembrar que a influência do pensamento filosófico-jurídico-português no Brasil independente é ainda bastante relevante, sendo

¹¹⁴ Seguindo uma classificação proposta em FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 105-107, o jusnaturalismo, seja qual for sua vertente, adequa-se ao modelo teórico hermenêutico (aquele que se coaduna com a busca do valor como centro, não apenas da decidibilidade dos conflitos, mas também no que se refere ao próprio juízo de validade da norma que, no caso, também depende de seu conteúdo axiológico), em contraposição às duas classificações remanescentes (modelos analíticos e modelos empíricos) das quais teremos a oportunidade de tratar mais a frente.

¹¹⁵ Mesmo que saibamos que as estruturas sócio-econômicas em terras brasileiras se caracterizassem por uma base agrária, as ideias que chegam do velho continente estão impregnadas dessas características.

¹¹⁶ Nesta direção, em JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. II, págs. 14-15.

que muitos dos pensamentos revolucionários advindos da Europa são lidos através das lentes estabelecidas por autores de maior renome em Portugal. Nessa linha, não há como evitar o paralelo entre a ascensão do pensamento naturalista-positivista no Brasil e a correspondente decadência do krausismo jus natural e a famosa polêmica Brito-Ferrer (Vicente Ferrer Neto Paiva e Rodrigues de Brito) no ano de 1869. A publicação da obra *Filosofia do Direito* de Rodrigues de Brito, em Portugal, originou uma divisão de escolas de tal forma apaixonada que houve quem identificasse o fenômeno como uma luta de “partidos filosóficos”.¹¹⁷ De um lado, o krausismo defendido por Ferrer e sua defesa ao *neminem laedere*; de outro, Rodrigues de Brito e a defesa ao princípio do direito denominado de “mutualidade de serviços”¹¹⁸, proclamada por Proudhon em um contexto de ideais revolucionários vivenciados na França do período.¹¹⁹

No Brasil, como é natural intuir, essa tendência de oposição entre o krausismo e as novas tendências filosóficas também se acirram. Ao longo da segunda metade do Século XIX, é quase lugar comum afirmar-se que o movimento filosófico europeu que mais influencia o pensamento brasileiro - causando grande impacto, também, em diversos países como México e Chile, por exemplo - é o positivismo. Embora ainda não estejamos nos referindo ao positivismo jurídico em particular - já que em sua vertente jurídica é ele um fenômeno que só se manifestará um pouco mais adiante -, a verdade é que sua emergência no espaço intelectual brasileiro abre espaço para que, posteriormente, no âmbito jurídico, se possa pensar em uma vertente filosófica baseada em uma concepção não-jusnaturalista.

Em sua acepção originária, ou seja, o positivismo de tradição comteana (importado da Europa onde no início do Século XIX ganhou corpo como reação a um tipo de filosofia enraizada em pressupostos metafísicos)¹²⁰ já se manifestava de forma mais evidente em alguns núcleos da reduzida classe média mais ilustrada no fim da década de sessenta do referido século. A atitude de confiança plena no saber

¹¹⁷ Em MONCADA, Luís Cabral. *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, pag. 113.

¹¹⁸ Em BRITO, Joaquim Maria Rodrigues. *Philosophia do Direito*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1871, págs. 197 a 204, mais precisamente no §§ 258-276, o autor estabelece algumas das premissas teóricas da “mutualidade de serviços”, conceito amplíssimo que busca a convergência dos interesses individuais, dos interesses coletivos, observada a utilidade a que o direito visa.

¹¹⁹ A esta ideia, como nos é lembrado em MONCADA, Luís Cabral. *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, pag.114, um conjunto de novas ideias se infiltra em Coimbra pelas mãos de pensadores da chamada “geração de Antero Quental”, que trouxe ao universo jurídico-filosófico português (e brasileiro, de forma mediata) o pensamento de Hegel, Comte, Michelet, Taine, Littré, Feuerbach, Spencer, Büchner, Haeckel.

¹²⁰ Conforme em PARGA, Milagros Otero. *Reflexiones sobre el Positivismo jurídico*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pag. 937.

científico e na tecnologia para fins de controle sobre a natureza, a sociedade e os indivíduos fez com que se desenvolvesse a crença de que o conhecimento somente poderia advir das ciências.¹²¹ Prova de que sua importância no Brasil deu-se de forma bastante contundente é o fato de ter sido o positivismo considerado a linha teórica oficial que alicerça o movimento de proclamação da República, em 1889.^{122 123}

Assim, no decorrer dos fatos que originaram a República essa nova visão teórica mantém seu prestígio junto às elites do poder e permanece influenciando a organização da sociedade republicana com base em uma proposta científicista,¹²⁴ de forma a desafiar a dominação católica (e sua vertente jusnaturalista de base tomista), inclusive propondo a instalação um novo tipo de culto: o culto à ciência e a um tipo específico de racionalidade¹²⁵, adequado àquela.

Embora os livros de história do pensamento político brasileiro tendam a enfatizar a importância desta vertente positivista (comteana), a verdade é que, passado um período de maior entusiasmo, foi ele cedendo espaço para outras novas teorizações. De qualquer forma, embora em sua forma pura, tenha sido este um movimento datado, não se pode negar que enquanto esteve em evidência contribuiu de forma inequívoca para o desenvolvimento de uma forma de pensar que se afasta da forma tradicional e paradigmática utilizada no Brasil. Neste sentido, trouxe para o debate algumas ideias-chaves, tais como: valorização do método empirista e

¹²¹ Na linha estabelecida em JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. II, pág. 13.

¹²² Conforme alguns dos renomados historiadores brasileiros FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª ed. São Paulo: Edusp, 2008, pág. 246; COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República. Momentos decisivos*. 8ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007, págs 461 e 462; CARVALHO, José Murilo de. *A formação das Almas. O imaginário da República no Brasil*. 16ª reimpressão. São Paulo, 2006, págs. 40 e 41.

¹²³ Não se pode deixar de comentar o fato de que a própria proclamação da República no Brasil foi incentivada, sob vários aspectos, pelos ideais positivistas – a ponto de se inserir na bandeira nacional um lema cuja inspiração positivista é inequívoca - “ordem e progresso” - a verdade é que vários nomes de destaque na vida nacional do Século XIX são propagadores dos ideais de Augusto Comte. Nesse sentido foi de grande importância o impacto que a referida doutrina obteve junto aos militares que promoveram o fim da Monarquia e o começo do período Republicano, tais como v.g. Miguel Lemos, Teixeira Mendes, Luís Pereira Barreto, Raimundo Teixeira, Tobias Barreto, Silvio Romero, apenas para citar os mais famosos. Conforme muito bem observa FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 13ª ed. São Paulo: Edusp, 2008, pág. 232/233, nos meios militares só raramente a influência do Positivismo se deu menos pela aceitação ortodoxa de seus princípios e mais por interesses de neutralização da política tradicional e modernização (conservadora) do país. De um modo geral, oficiais do Exército, professores e estudantes tomaram para si apenas aspectos mais afins às suas percepções acerca do que interessava ao país: a defesa de um Executivo forte e intervencionista (na verdade, um eufemismo que significava ditadura militar) capaz de modernizar o Brasil pela ciência e pelo desenvolvimento industrial; a separação entre Igreja e Estado e também o incentivo à uma formação técnica aos brasileiros.

¹²⁴ Por muitos considerada uma das características fundamentais do positivismo como salientado em CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, pág. 46.

¹²⁵ Conforme PAIXÃO, Carlos Jorge. *O Positivismo Ilustrado no Brasil*. Extraído de <http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos_revistas/3.pdf>, consultado em 23/07/2011, pág. 23. A ideia de ciência é, diga-se de passagem, um ponto que liga o Positivismo em suas vertentes filosófica e jurídica, conforme dá a entender BARBERIS, Mauro. *Filosofia del Diritto. Un' introduzione teorica*. 3ª ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, págs.16 e 17.

quantitativo, defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, hostilidade ao idealismo¹²⁶, bem como o padrão das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências.

Por isso, embora possamos sintetizar o quadro acima afirmando que o positivismo comteano se fez representar de forma mais incisiva em um dado momento histórico – a partir do final do Império e seguindo pelo período da chamada República Velha¹²⁷ –, influenciando mais largamente o campo da política, é desarrazoado deixar de acompanhar a posição defendida por aqueles que entendem que tal fato acabou por sedimentar duas características novas que deveriam ser levadas em conta no processo de produção de ideias no Brasil: a perda de prestígio do espírito metafísico e a ascensão de um espírito cientificista.

No âmbito jurídico, o panorama é um pouco diverso. Embora se reconheça o sucesso obtido pelo positivismo no período em análise, faz-se importante destacar que sua influência no direito foi um caso à parte neste processo. Como bem afirma Antônio Paim, “no plano da cultura, foi o direito a única esfera onde os positivistas não se asseguraram de uma posição de franco predomínio”¹²⁸. Entretanto, como veremos adiante, as linhas positivistas que irão florescer de forma mais vibrante no Brasil não fincam raízes em solos analíticos¹²⁹, como o fez posteriormente uma das mais emblemáticas formas de positivismo (a Teoria Pura kelseniana).

Assim, a pouca visibilidade de escola jusfilosófica de raiz juspositivista naquele momento justifica-se pelo fato de ter sido qualquer iniciativa neste sentido

¹²⁶ Neste sentido, isso justifica o completo antagonismo às perspectivas jusnaturalistas da época. Segundo MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismo e Iuspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 946, essa seria a mais geral das características, pois é um ponto comum a todos os positivistas, independentemente de sua corrente. Nesta direção também BARZOTTO, Luís Fernando. *Positivismo. Jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 643.

¹²⁷ Conforme PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, págs. 456, a ascensão do positivismo se comprova pelos seguintes fatos: a) emergência do autoritarismo republicano (abandonando a tradição liberal do Império; b) sucessivas reformas no ensino primário e secundário no âmbito de uma lógica comteana; c) adesão do professorado ao entendimento comteano de ciência como algo conclusivo; e d) transferência do magistério moral, tradicionalmente exercido pela Igreja Católica, para a Igreja Positivista. Por esta última característica, observamos que esse movimento é elitista e atinge tão somente uma camada muito específica da sociedade.

¹²⁸ Conforme PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, págs. 456-457.

¹²⁹ Segundo FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 105-107, em sua clássica distinção de modelos teóricos (analítico, hermenêutico e empírico) estabelece que as escolas analíticas têm como principal característica conceder maior relevo a sistemas dedutivos, lógico-formais. Neste sentido, o tipo de positivismo a se estabelecer de forma mais profunda no Brasil e que auxiliará de forma mais consistente no processo de caracterização de um quadro teórico-jurídico brasileiro será o que segue um modelo empirista, conforme se verá mais adiante, nas linhas naturalistas.

grandemente contestada tanto pela Escola de Recife, como também pelos defensores do direito natural.

1.4.2.5. O naturalismo em suas diversas tipologias

Não deixa de ser interessante observar que a oposição aos ideais comteanos vem menos das vertentes que por elas foram abaladas, do que propriamente das vertentes mais familiares.¹³⁰ Aos poucos foram surgindo novas concepções teóricas que, embora particularizadas em relação a este positivismo comteano, em função de discordâncias com algumas das ideias centrais desse pensamento, compartilhavam, em maior ou menor escala, alguns dos pressupostos teóricos acima mencionados. Nesse sentido, o naturalismo do Século XIX embora recusando estar submetida a uma etiqueta positivista (ao menos nos moldes estabelecidos por Comte), encontra-se na origem de uma concepção teórica que, a partir de uma específica definição de positivismo, poderá assim ser considerado. É o que veremos.

Um esclarecimento prévio, entretanto, faz-se necessário. Quando nos referimos ao termo “naturalismo”, afastamo-nos de qualquer aproximação com o jusnaturalismo, não obstante a ambiguidade que a expressão guarda¹³¹. Pelo contrário, ainda que muitos significados possam ser extraídos do termo¹³², fazêmo-lo na direção da concepção que não admite a existência de nada que seja exterior à realidade do mundo natural e à nossa experiência em relação a este, além de recusa a qualquer elemento sobrenatural ou transcendente.¹³³

Portanto, o que se denomina como naturalismo são todas as vertentes do pensamento que assumem declarada atitude antimetafísica, fundando suas mais caras convicções nas conquistas realizadas pelas ciências positivas, mais

¹³⁰ Segundo REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed. São Paulo. Grijalbo, 1976, pág. 25 “Se positivistas, monistas e evolucionistas se digladiaram, às vezes em polêmicas ásperas, tratava-se de desavenças de família...”

¹³¹ Principalmente em relação ao jusnaturalismo, com o qual não se pode confundir, já que contra este o naturalismo desferirá fortes ataques.

¹³² Vários dicionários filosóficos apresentam as múltiplas acepções tais como CAMELLA, S.; MONTOVANI, M. *Naturalismo*. In: *Enciclopédia Filosófica*. Milão: Editora Bompiani, 2010, v. XI, págs. 7752-7770.

¹³³ Nesta direção, COMTE-SPONVILLE, André. *Naturalismo*. In: *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 409, JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Naturalismo*. In: *Dicionário Básico de Filosofia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, pág. 198, CAMELLA, S.; MONTOVANI, M. *Naturalismo*. In: *Enciclopédia Filosófica*. Milão: Editora Bompiani, 2010, v. XI, págs. 7752-7770; LALANDE, André. *Naturalismo*. In: *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág. 719-720; BLACKBURN, Simon. *Naturalismo*. In: *Dicionário Oxford de Filosofia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, pág. 261.

especificamente, pelas doutrinas biológicas e pelo evolucionismo darwiniano. Nessa linha descrita, o naturalismo se opõe ao acima supracitado ecletismo (aqui em seu sentido estrito, ou seja, aquele espiritualista defendido por Victor Cousin) e suas bases metafísicas, já que os resultados obtidos por meio de uma investigação devem derivar, não de conhecimentos especulativos que ultrapassem os ensinamentos da experiência, mas sim nos estreitos limites do método experimental. Cabe apontar, porém, que não deve ser considerado o naturalismo como sinônimo de materialismo, já que, embora todo materialismo seja naturalista, a recíproca não é verdadeira.¹³⁴

Ainda que tenhamos por pressuposto que as raízes escolásticas cultivadas desde os primeiros momentos de colônia sejam muito profundas e que suas influências sempre estivessem presentes, não se deve subestimar a contribuição do pensamento naturalista no processo de formação do grande caldo intelectual-cultural que se estará por construir, no âmbito de formação do pensamento jurídico brasileiro, conforme veremos mais adiante.

Se por um lado seria surpreendente o fato de que uma tradição jurídica como a brasileira, que vivenciou o racionalismo iluminista de forma tão diminuta pudesse, ao preço de abdicar de boa parcela de suas convicções jusnaturais, assumir posições puristas antimetafísicas típicas do positivismo ortodoxo, talvez não seja tão estranho que no entrelaço entre positivismo ortodoxo e concepções espiritualistas surgisse um terceiro gênero que, mesmo conectado às vertentes positivista, aos poucos vai aproximando-se do que denominaremos de “culturalismo”. Esse caminho encontra na Escola do Recife.

1.4.2.5.1. A Escola do Recife: da crítica naturalista a um caráter *sui generis*

Um caso especialíssimo neste contexto de dissidência às posições positivistas ortodoxas e, concomitantemente, oposição às vertentes jusnaturais, pela sua importância no âmbito do pensamento jurídico brasileiro é a teorização produzida pela chamada “Escola do Recife”¹³⁵. Não apenas pela influência contextual no período, mas principalmente pela abertura de novos horizontes teóricos, foi esta Escola de grande importância, não apenas para o direito (campo aonde são mais conhecidos os seus desdobramentos), mas também no âmbito da produção do

¹³⁴ Conforme COMTE-SPONVILLE, André. *Naturalismo*. In: *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 409.

¹³⁵ Conforme PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, págs. 379-380, foi assim batizada por Sívio Romero.

pensamento filosófico brasileiro. Importa jogar luzes ao fato de que as críticas esboçadas por esta Escola ao espiritualismo (e nesse particular, lado-a-lado com o positivismo) não implica, como alguns tendem a afirmar no Brasil, ser a Escola de Recife uma propagadora dos ideais positivistas. Esta é uma visão simplificadora que só pode ser referendada a partir de uma específica conceituação de positivismo, em suas variadas vertentes, afastando-se, desde logo, do segmento defendido por Comte.

Pelo contrário, influenciada pela denominada vertente “evolucionista”¹³⁶, a Escola de Recife teve a pretensão de ser um aperfeiçoamento ao positivismo ortodoxo de raiz comteana¹³⁷. Embora haja, como nos referimos acima, quem faça uma conexão mais próxima entre a Escola do Recife e o positivismo¹³⁸, insistimos que no que se refere ao positivismo de raiz comteana, existem pontos inconciliáveis que estão para bem além do afastamento da Escola de Recife dos ideais religiosos. Alguns autores da Escola de Recife partem em defesa de uma concepção metafísica, o que para o positivismo comteano seria uma heresia. Nessa linha, Tobias Barreto¹³⁹, um dos principais corifeus da Escola de Recife, distancia-se do “profundo e sistemático rancor” que pela citada metafísica sentiam os positivistas, ainda que para isso (também) acabe por afrontar uma intuição essencial do naturalismo, ou seja, esse afastamento das posições metafísicas.¹⁴⁰

Por essa razão, dada a complexidade dos arranjos intelectuais estabelecidos por este movimento merece ser ele considerado autonomamente, como bem lembra Antônio Paim¹⁴¹. Isto porque, embora por um lado não desconsidere a

¹³⁶ De observar a análise em PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 378, quando afirma sobre a complexidade das ideias desenvolvidas pela Escola de Recife, baseada em correntes inspiradoras estrangeiras, e que, portanto, não deve se cair em simplismos considerando-a como mera fruto de corrente evolucionista.

¹³⁷ Sintomática, neste sentido, a afirmação em ROMERO, Sílvio. *História da Literatura Brasileira*. Rio de Janeiro: Garnier, 1988, Tomo I, pág. 33, quando afirma que é um progresso atacar o positivismo quando se está além dele.

¹³⁸ Em MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 63, parece haver essa alusão quando o autor refere-se a Clóvis Beviláqua como sendo um positivista, na esteira de Tobias Barreto e Sílvio Romero. Para uma definição de positivismo que veremos com muito maior profundidade no capítulo que segue, é possível. Porém, no âmbito temporal no qual a discussão se desenvolve (fim do Século XIX), é melhor que façamos uma separação ionequívoca entre as duas vertentes.

¹³⁹ Diferencia uma metafísica dogmática, a qual ataca, e uma metafísica reservada e consciente, a qual defende, considerando-a como a metafísica no bom sentido da expressão. Nesse ponto aproxima-se fortemente do neokantismo, tarefa que será seguida pelo seu aluno e também representante da Escola, Artur Orlando. Em PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, págs. 395-397

¹⁴⁰ Conforme PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, págs. 389 a 392. Também neste trecho critica o sentido antievolucionista do sistema positivista e a doutrina dos três estados. De ressaltar, porém, que a posição de defesa à metafísica não é uma posição comum dentro da Escola do Recife. Aliás, nesse sentido, Tobias Barreto não poderia ser classificado como um naturalista.

¹⁴¹ Em PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 378. Essa é uma posição a qual nos filiamos sem restrições de qualquer natureza.

tentativa de traduzir em termos científicos aquilo que os intelectuais do Século XIX entendiam como ciência¹⁴², ponto essencial comum com o ideário positivista, por outro lado, a Escola do Recife, além de possuir em seus quadros fortes críticos às linhas positivistas tradicionais, abandona os princípios reitores positivistas de uma doutrina de conduta, como também aceita, em alguns poucos, mas representativos autores (Tobias Barreto, à frente), a possibilidade de um tipo de conhecimento pela via metafísica, o que a coloca, a certo ponto (e com fundadas razões)¹⁴³, sob a mira dos ataques positivistas¹⁴⁴.

Encarada, portanto, como corrente filosófica, a Escola de Recife desenvolveu-se em fases distintas, da origem da década de 70 do Século XIX até a segunda década do Século XX. Em sua gênese, em homenagem ao espírito epocal, representou uma espécie de idolatria à ciência (sendo que esta fase é batizada como “criticismo”). Embora nessa linha tenha combatido fortemente o espiritualismo, em uma época na qual este passava a ser contestado também pelas linhas materialistas e positivistas, com estas não se confundiu, mantendo inequívoco distanciamento teórico.

Todavia, parece se repetir aqui a velha sabedoria que afirma que sempre temos em nós grande estoque daquilo que condenamos. Ao romper com o ecletismo, a Escola do Recife despreocupou-se em submetê-lo a um exame mais acurado, o que acabou por privar seus seguidores da possibilidade de adquirir consciência acerca das marcas profundas que a escola de Cousin havia deixado em seus próprios pensamentos.¹⁴⁵ Vale neste caso lembrar-se do adágio que afirma que “nenhum homem é herói para seus devedores.”¹⁴⁶

Por, isso, mesmo que não tenham se dado conta, também na linha do historicismo de Cousin, desenvolveram os adeptos da Escola de Recife suas teses por oposições dialéticas, seguindo uma linha teórica hegeliana já percorrida pelo estudioso francês. Nesse sentido, também o direito não escapa dessa análise muito bem

¹⁴² Em SOUZA, Ricardo Timm. *O Brasil Filosófico*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003, pág. 50..

¹⁴³ Aqui cabe observar que, se entendermos que o caráter antimetafísico contribui essencialmente na definição de naturalismo, certamente que Tobias Barreto, embora defensor do evolucionismo, não pode ser designado como um naturalista.

¹⁴⁴ PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 391, quando o autor enumera entre as críticas dirigidas por Tobias Barreto ao positivismo exatamente reivindicar um lugar ao sol para a metafísica.

¹⁴⁵ Nesta direção, PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 384. Passagem famosa no pensamento de Tobias Barreto refere-se à sua dúvida quanto ao fim da metafísica. Em BARRETO, Tobias. *Polêmicas. Obras Completas*. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1966, págs. 135-138.

¹⁴⁶ Esta fala lembra uma passagem em DURANT, Will. *A história da Filosofia*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1991, pág. 78-79, quando o autor afirma que “Aristóteles é tão implacável com Platão porque existe muito de Platão nele...”.

sintetizada por Tobias Barreto: “o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”, premissa que será um pouco mais tarde bastante explorada por Reale e os culturalistas.¹⁴⁷ Aliás, o Século XIX é, na Filosofia, o século da descoberta da história ou da historicidade do homem, da sociedade, das ciências e da arte, sendo particularmente com Hegel que se pode afirmar que a história é o modo de ser da razão e da verdade.¹⁴⁸

Causa surpresa, aliás, o fato de Hegel e sua filosofia da história não terem sido tão valorizados pelos adeptos da Escola do Recife, já que o prestígio dado pelos membros desta Escola ao pensamento produzido na Alemanha foi de tal monta que se costuma identificar o período como o “primeiro surto germânico no Brasil”.¹⁴⁹ É bem verdade, segundo alguns críticos, que se tratou de um germanismo, predominantemente, de segunda linha, cujo representante maior se identificava na figura não muito conhecida de Ludwig Noiré.¹⁵⁰ Não à toa que nos dias de hoje se observa a larga influência das linhas germânicas no pensamento jurídico brasileiro, não sendo despropositado afirmar que se encontram naquele “surto”, algumas das raízes de tal influência.

De toda maneira, interessa-nos evidenciar que, se é possível observar que as correntes positivistas abalam as concepções espiritualistas tomistas (sem, ressalte-se, afastá-las por completo¹⁵¹), elas não triunfam de forma isolada. Pelo contrário, as teorizações trazidas por certo culturalismo¹⁵² da Escola de Recife, de todo condizente com o ecletismo (em seu sentido genérico) a que fizemos referência, também entram nesse processo de disputa pela hegemonia na concepção filosófica do pensamento nacional e alcançam grande sucesso no meio intelectual brasileiro, principalmente no âmbito jurídico.

¹⁴⁷ BARRETO, Tobias. *Estudos do Direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Laemmert, 1878, pág. 444.

¹⁴⁸ Em JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. II, pág. 13. Segundo o autor, é esta a razão por que Hegel entenderia que somos seres históricos.

¹⁴⁹ A ponto de ser Tobias Barreto chamado de “alemão de Sergipe”. No âmbito do direito ser grande divulgador de Ihering (e também Hermann Post), embora tenha sido Sílvio Romero quem introduziu o pensamento do grande jurista alemão no Brasil.

¹⁵⁰ Segundo em COSTA, Cruz. *A Filosofia no Brasil*. São Paulo: Cultrix, 1960, págs. 50-51, não é um germanismo de primeira já que excetuando Kant (mais abordado em uma fase posterior) não se concedeu espaço para autores como Hegel, Schelling ou Fichte, mas para autores menos conhecidos.

¹⁵¹ Cabe lembrar, a obra de Farias Brito, também egresso do Curso de Direito de Recife, mas que embora em uma perspectiva inicial à da Escola do Recife, no início do Século XX, afasta-se desta para tentar uma conciliação entre naturalismo e espiritualismo, sendo que sua interpretação kantiana encerra por restaurar o espiritualismo. PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 417 e ss.

¹⁵² Cumpre lembrar a posição de Tobias Barreto quando afirma que o “o direito não é filho do céu, é simplesmente fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade” Em BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. In: *Obras Completas*. Brasília: Gráfica Alvorada Ltda. pág. 444.

1.4.2.5.2. A evolução do pensamento sociológico-culturalista pela Escola do Recife

O vazio teórico causado pela citada perda de força por parte do jusnaturalismo como teoria justeórica preponderante abre espaço para algumas das novidades trazidas pelo sociologismo ofereceu eminentes juristas, como Clóvis Beviláqua, Sílvio Romero e Tobias Barreto.¹⁵³ Este último, como afirmamos acima, ao defender ser o direito uma criação da sociedade, enfatiza a dimensão fático-sociológica do direito¹⁵⁴ e, concomitantemente, afasta-se do jusnaturalismo - e do krausismo, no que culturalista da Escola do Recife. Cumpre ressaltar que a referida Escola foi acompanhada por Sílvio Romero e Clóvis Beviláqua.

O primeiro (Sílvio Romero) - também ele um germanista convicto -, embora tenha dado ênfase à presença do princípio da historicidade e evolução (em clara influência advinda de Savigny) e ao princípio do naturalismo (influência de Ihering), entendeu o direito como fruto da história, em sentido de evolução cultural e social da humanidade.¹⁵⁵ Todavia, no contexto de uma tradição que tem por costume mesclar escolas e pensamentos, como já nos referimos no decorrer de toda esta exposição, não deixou o referido autor de elaborar uma síntese interessante entre o liberalismo kantiano e o evolucionismo spenceriano, quando definiu o direito como “complexo das condições criadas pelo espírito das várias épocas que servem para, limitando o conflito das liberdades, tornar possível a coexistência social”¹⁵⁶.

Também nesta direção seguiu também Clóvis Beviláqua.¹⁵⁷ Para o renomado civilista, o direito é um produto das necessidades sociais.¹⁵⁸ Essa visão

¹⁵³ Cabe destacar Gumersindo de Araújo Bessa, Faelante da Câmara e Soriano de Albuquerque, todos enfatizando o tempo histórico e o caráter do povo na formação do jurídico. Em MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 72.

¹⁵⁴ Defendendo as teses de Ihering, atacou o jusnaturalismo, defendendo a tese de não ser o direito uma doação celeste, mas uma fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. Em MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 60.

¹⁵⁵ Na boa síntese estabelecida em NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, pág. 320.

¹⁵⁶ Em ROMERO, Sílvio. *Obra Filosófica. Coleção Documentos Brasileiros, nº 139*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Livraria José Olympio Editora, 1969, pág. 648. Nessa linha, como deduzido em MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 50, o direito é um produto da cultura, sendo que a passagem do social para o jurídico se realizaria por meio de um processo de decantação cultural que se acumula e se transmite em cada fase da evolução humana. MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 50.

¹⁵⁷ Dedicando-se mais ao direito, foi ele quem acabou por ganhar o maior destaque no âmbito jurídico. Notabilizou-se pela elaboração do Código Civil brasileiro de 1916 - que manteve sua vigência no Brasil até 2003 – sendo reconhecido como jurista de grande competência, o que colaborou para que algumas das ideias da Escola reverberassem de forma mais ampla.

reforça nossa tese de que é na Escola do Recife que encontramos as raízes mais consistentes para um tipo de percepção que vai sendo incorporada ao repertório intelectual das gerações de juristas que seguem, ou seja, a de que as condições fáticas (histórico-sociais) em que o direito é produzido é fundante para a determinação de seu conteúdo.

Cabe aqui algumas considerações. No âmbito da elucidativa classificação utilizada por Ferraz Júnior (a que já fizemos referência anteriormente), quando o referido jusfilósofo estabelece como modelos teóricos fundamentais para o direito os modelos analítico, hermenêutico e empírico, é-nos possível identificar a Escola do Recife nesta última classificação. Isso porque, no modelo empírico o direito é concebido como sistema adaptável a um mundo em contínua evolução e transformação, adequando-se às exigências de seu tempo. Nesta perspectiva o pensamento jurídico constitui-se em um sistema explicativo¹⁵⁹, sendo o direito positivo reflexo da realidade vivida pelo corpo social.

Mesmo com a decadência da Escola do Recife na segunda década do Século XX, o naturalismo¹⁶⁰ do Século XIX ainda manteve domínio sobre o espírito da cultura nos primeiros anos do Século XX,¹⁶¹ embora fosse possível ouvir as vozes inconformadas com a pesada interdição antifilosófica que o positivismo e as correntes naturalistas, em geral, trouxeram em seu bojo.¹⁶²

1.4.2.6. O pensamento jurídico brasileiro na passagem do Século XIX para o Século XX

Como já tivemos a oportunidade de falar anteriormente, é espinhosa a tentativa de estabelecer a organização da evolução do pensamento jusfilosófico

¹⁵⁸ Conforme MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 117.

¹⁵⁹ Conforme FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 48.

¹⁶⁰ Seguindo GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pág. 37, “denominamos naturalismo vigente na segunda metade do século XIX toda atitude filosófica e científica tendente a conceber o mundo somente como natureza, explicável a partir da intervenção da razão matemática e físico-química. A vida do espírito, produtora de dogmas metafísicos, teológicos e religiosos seria coisa do passado.”

¹⁶¹ Em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 179, o autor lembra que o pensamento jurídico pagava um largo tributo ao naturalismo. A França com Duguit, Gény, Levy; os americanos com a jurisprudência sociológica de Holmes, Cardozo e Pound; os escandinavos com seu sociologismo de várias nuances; a Rússia com a teoria geral de Korkounov e as várias tendências do pensamento marxista e seus consequentes reflexos no direito; na Itália, as tendências empiricistas de Frapagne, Ardigó, Carle Nardi Greco e Groppali.

¹⁶² Conforme MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 179. Como exemplo o autor cita a *Allgemeine Rechtslehre*, que representou um modo peculiar de filosofar, embora ainda não liberto das interdições positivistas.

brasileiro, pela ausência de seriação entre o que produziu uma geração e o que foi produzido pela geração subsequente. Embora essa seja uma crítica já assinalada por pensadores do quilate de Sílvio Romero e Miguel Reale, a verdade é que essa característica, se por um lado contribui para reforçar a tese do ecletismo em sua concepção *lata*, por outro, dificultou a percepção de estar sendo construída uma tradição. Resta-se claro que consideramos paradoxal que se possa defender a tese de que a “tradição” do pensamento jurídico brasileiro se manifeste exatamente por não estabelecer uma tradição, ou seja, pela ausência de linhas norteadoras coerentes.

Por esta razão, se realmente a tarefa de organizar de forma coerente o pensamento e a produção intelectual brasileira até o Século XIX fez-se largamente dificultada pelos motivos anteriormente expostos, a verdade é que um olhar mais percuciente sobre a produção intelectual-jurídica do Século XX possibilita observar algumas linhas mais densamente valorizadas por juristas que exerceram papel destacado na formação e sedimentação de uma justeorização brasileira. É bem verdade que essa marca não foi estabelecida de forma linear, pacífica, como nunca é a luta por uma posição teórica hegemônica. Por óbvio para que algumas linhas norteadoras tenham vindo à tona no pensamento jurídico brasileiro foi necessário que se depurassem por meio dos naturais embates travados com linhas originárias de concepções jusfilosóficas rivais.

Assim sendo, a fim de tornar mais claro os pressupostos teóricos que fundamentam as teses acima apresentadas, entendemos adequado utilizar uma divisão mais simplificada das principais linhas justeóricas que buscam a hegemonia no universo jurídico brasileiro no decorrer do Século XX. Para tanto, nos limites impostos pela chamada “navalha de Ockham”, que considera que se deve evitar criar excessivo número de categorias para pensar o real¹⁶³, deixamo-nos influenciar pela proposta de divisão apresentada por Machado Neto, com pequenos ajustes, utilizando-nos de três linhas genéricas do pensamento jurídico no decorrer do Século do Século XX, com o único propósito de mapear certa forma de pensar o direito brasileiro: a) as

¹⁶³ O outro significado, até mais conhecido, é o de caráter epistemológico, que afirma que entre duas teorias que explicam os mesmos fatos, opta-se, em geral, pela mais simples. De qualquer maneira, no sentido que nos propomos utilizar recomenda assim que se escolha implique o menor número de entidades classificatórias. Duas são as expressões latinas que, de forma geral, são utilizadas para melhor expressar a “navalha de Ockham” como máximas eurísticas: *pluralitas non est ponenda sine neccesitate* (a pluralidade não deve ser posta sem necessidade) e *entia non sunt multiplicanda praeter neccesitatem* (as entidades não devem ser multiplicadas além do necessário).

jusnaturalistas; b) as juspositivistas/naturalistas e c) as culturalistas.¹⁶⁴ É do que trataremos a seguir:

1.4.2.7. O pensamento jurídico no Século XX

1.4.2.7.1. O Século XX e o filtro norteador do sistema jurídico brasileiro

Embora sintético, esse breve mapeamento estabelecido acerca da produção intelectual brasileira circundante ao pensamento jurídico até o Século XX, teve a intenção de nos apresentar alguma base para demonstrar que as linhas justeóricas rivais que buscam a hegemonia de seus fundamentos para a ordem jurídica brasileira, são ecos de disputas produzidas no tempo histórico e principalmente explicitadas no decorrer do Século XIX.

Não há dúvidas que outras tendências se apresentam em nosso universo intelectual, podendo serem citados o neokantismo, o neohegelianismo (ou neoidealismo), a fenomenologia, o existencialismo, entre outros. Porém, o que fica cada vez mais claro é que o tão propalado sincretismo intelectual não deixa de se fazer presente, sendo que essas tendências contribuíram para uma atualização das concepções jurídicas no Brasil. Para efeito de análise no sistema pátrio, e para os fins que almeja o presente trabalho, a análise se procederá a partir de uma classificação que dividirá as concepções brasileiras em três grandes grupos: “jusnaturalistas”, “juspositivistas/naturalistas” e, por último, os “culturalistas”. Começemos pelo jusnaturalismo.

1.4.2.7.2. O jusnaturalismo e sua permanência

A repercussão de todos esses movimentos no campo jurídico, no findar do Século XIX e início do Século XX, é de que sob os ataques desferidos pelas vertentes positivistas e pela Escola de Recife, a vertente jusfilosófica tomista passa a ter difusão limitada. Isso se deve, principalmente, à perda de prestígio experimentada

¹⁶⁴ É o entendimento que se pode extrair na leitura do Capítulo IV da obra MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 179-235, quando o autor subdivide nas três citadas correntes, as principais direções do pensamento jurídico brasileiro no Século XX. De observar que se tratam de direções estabelecidas de forma ampla, com o único intuito de apontar as linhas básicas do pensamento jurídico pátrio.

pela Igreja no início do período republicano.¹⁶⁵ De toda sorte, vale lembrar que a publicação da Encíclica *Aeternis Patris*, em 1879, na qual o Papa Leão XIII exortava os filósofos cristãos a voltarem aos estudos dos grandes mestres da Escolástica, em especial São Tomás de Aquino, reacendeu entre os intelectuais cristãos a esperança de estimular o diálogo com o pensamento moderno.

No Brasil, um reduzido número de intelectuais (José Soriano de Souza à frente¹⁶⁶) aderiu à corrente, sem, contudo, alcançar muito sucesso. Ressalte-se, todavia, que o movimento jusnaturalista, embora momentaneamente em declínio, possuía raízes muito aprofundadas para sucumbir como corrente de expressão no sistema jurídico brasileiro e uma reação se dará na terceira década do Século XX.¹⁶⁷ A partir da década de vinte, volta a se falar não apenas no renascimento do direito natural, mas em seu eterno retorno.¹⁶⁸ Em termos sintéticos, no decorrer do citado século, é possível observar mais claramente duas tendências da multissecular tradição jusnaturalista que se estendem também ao universo jusfilosófico brasileiro: a primeira, uma versão ontológica, com uma perspectiva ortodoxa da concepção (também chamada de dogmática); a segunda, uma versão deontológica, com uma visão crítica ou moderada¹⁶⁹.

1.4.2.7.2.1. A versão jusnaturalista ontológica

A primeira, a versão ontológica, representa o jusnaturalismo típico, ontológico-substancial, dogmático, que postula uma ordem de valores produto de um objetivismo metafísico. Considera ser possível derivar valores e princípios materiais universalmente válidos para qualquer direito digno de ser assim chamado. No Brasil

¹⁶⁵ Em PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 370.

¹⁶⁶ O tomismo de Soriano de Souza foi duramente combatido pela Escola do Recife, especialmente por Tobias Barreto, conforme informado em JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. São Paulo: Vozes, 1997, v. I, pág. 186. Todavia, é importante lembrar que teve seus méritos reconhecidos em BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito de Recife*. 2ª ed. Brasília: Conselho Federal de Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1977, pág. 391, quando o grande civilista ressaltou o valor dos ensinamentos de Direito Constitucional e Direito Público elaborados por José Soriano. Representa este, a vertente escolástico-tomista em um período em tudo desfavorável para sua adoção.

¹⁶⁷ Todavia, adiante-se, na década de vinte do Século XX, iniciar-se-ia uma inversão por meio do chamado “surto tomista”. Em PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987, pág. 369-370.

¹⁶⁸ Segundo LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 2ª ed. Sevilla: GNE, 2003, pág. 37, em alusão às expressões usadas por Joseph Charmont e Heinrich Albert Rommen.

¹⁶⁹ Aproveitando a classificação apresentada em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 2ª ed. Sevilla: GNE, 2003, págs. 39 a 46.

ela se fez presente principalmente na primeira metade do Século XX, mas também esteve presente na segunda metade, embora de forma menos intensa.

Essa versão forte do jusnaturalismo tem por característica estabelecer um modelo de integração plena entre política, moral e direito, enquanto sistemas normativos básicos da conduta humana. O ideal de uma ordem jurídica e uma vida política sustentadas sobre a moral conduziu os teóricos do direito natural, os de ontem e os de hoje, a reclamar a estrita integração dos três âmbitos normativos da vida prática. A partir desta premissa, a moral possui um significado *omnicompreensivo* abarcador das demais normatividades. Por sua vez, o direito natural, entendido como direito objetivo justo, deve ser a pauta regulamentadora da vida política, legitimando-a.

As correntes mais radicais do jusnaturalismo vão entender que o direito positivo somente adquire validade jurídica (na concepção técnica do termo) por intermédio de sua participação na justiça. Defendendo essa corrente, muitos autores alienígenas se destacaram no cenário jusnatural como referenciais teóricos no Século XX, inclusive, como não poderia deixar de ser, no Brasil: Jacques Maritain, Giovanni Ambrosetti, Luño Peña (três neotomistas convictos de linha católica), o último Gustav Radbruch (ou seja, na segunda fase de seu pensamento), Johanne Messner, Louis Lachance, José Corts Grau, J. Charmont, Francisco Elías de Tejada, Francisco Puy, John Finnis, Michel Villey, entre outros.

Essa forma mais ortodoxa do pensamento jusnaturalista, que entre nós sofrera tão forte ataque no decorrer da segunda metade do Século XIX, como não poderia deixar de ser, mostrou que a força de suas raízes no decorrer da história do pensamento luso-brasileiro não poderia ser superada facilmente. Assim, manteve sua marca no decorrer Século XX, principalmente por intermédio de uma ensaística teórica de linhagem tomista.¹⁷⁰ O grande destaque pode ser dado a um jusnaturalismo de base fundamentalmente maritainista, capitaneado por Alceu Amoroso Lima, o Tristão de Athayde. Sustenta o pensador, em sua teorização denominada “concepção integral do direito”, um tipo de direito natural (*lex naturalis*) de inspiração tomista, opondo-se não apenas ao naturalismo jurídico (por ele intitulado “materialismo jurídico”) ¹⁷¹, mas também às concepções jusnaturalistas clássicas de cariz racionalista-iluminista.¹⁷²

¹⁷⁰ Conforme MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 206.

¹⁷¹ Esta tese é defendida em ATHAYDE, Tristão. *Introdução ao Direito Moderno. O materialismo Jurídico e suas fontes*. Rio de Janeiro: Editora do Centro D. Vital, 1933.

¹⁷² Como atestado em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 206-207.

1.4.2.7.2.2. O jusnaturalismo contemporâneo em sua versão moderada

Denomina-se “jusnaturalismo deontológico” uma versão moderada dentre as várias que se abrigam sob essa etiqueta¹⁷³, por alguns considerado uma versão “fraca”. Ela não nega a juridicidade do direito positivo injusto, mas estabelece os critérios para comprovar seu desvalor e, portanto, para fundamentar sua crítica e sua substituição por uma ordem jurídica justa. Situam-se como grandes expoentes desta vertente, autores como Giorgio Del Vecchio¹⁷⁴, Lon Fuller, Guido Fassó, Recaséns Siches, Truyol y Serra, Welzel, Rudolf Von Stammler, entre outros.¹⁷⁵

Interessante observar que muitas das posições consideradas pela maior parte dos jusfilósofos como pós-positivistas são consideradas jusnaturalista por alguns importantes estudiosos, Perez Luño à frente¹⁷⁶. Nesta perspectiva, segundo o autor espanhol, pensadores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, devem ser classificados como jusnaturalista¹⁷⁷, classificação que refutamos por entendermos haver diferenças essenciais – embora com aproximações - entre as linhas jusnaturalista e pós-positivista, na linha argumentativa apresentada pelo próprio Dworkin e citada por Luño.¹⁷⁸

Como dissemos, a linha tomista-católica foi defendida no Brasil com maior ou menor ardor por vários autores na primeira metade do Século XX, em clara

¹⁷³ Como bem acentuado em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 109 e 110, o jusnaturalismo afirma a superioridade do direito natural sobre o direito positivo, sendo que a mesma pode ser sustentada, *grosso modo*, em três formas típicas: a forma escolástica (o direito natural como um conjunto de princípios éticos generalíssimos, que inspiram o legislador no ato de produção de normas de direito positivo); a forma racionalista moderna (o direito natural é um conjunto de *dictamina rectae rationis* que fornecem a matéria da regulamentação, enquanto o direito positivo é um conjunto de expediente prático-político que determinam quais as instituições e organizações de um poder coativo); a forma hobbesiana (neste caso o direito natural é o fundamento ou sustentação de todo o ordenamento jurídico positivo, ou seja, de conferir legitimidade ao poder do legislador humano prescrevendo aos súditos o dever de obediência).

¹⁷⁴ Embora bastante citado como jusnaturalista é também lembrado nas correntes idealistas. Em SINHA, Surya Prakash. *Jurisprudence. Legal Philosophy*. St. Paul: West Publishing, 2003, pág. 168.

¹⁷⁵ Os nomes acima encontram eco em FASSÓ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. 4ª ed. Roma: Laterza, 2003, págs. 328-337, e também em BARBERI, Mauro. *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2011, págs. 39-44.

¹⁷⁶ LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 2ª ed. Sevilla: GNE, 2003, pág. 44-46.

¹⁷⁷ Em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 2ª ed. Sevilla: GNE, 2003, pág. 45-46.

¹⁷⁸ Segundo Dworkin, as teses jusnaturais concebem uma visão ideal e abstrata do direito enquanto para o jurista/filósofo americano o direito e seus valores se situam no plano da prática jurídica. Além do mais, os direitos fundamentais estabelecem requisitos universais do direito, negando o caráter de direito aos ordenamentos positivos que não os cumpra. Assim, para Dworkin, sua teoria oferece marcos explicativos contextualizados, dirigidos a explicar uma cultura jurídica particular. Em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 2ª ed. Sevilla: GNE, 2003, pág. 45, essa posição de Dworkin, embora o afaste de uma posição jusnaturalista forte, pode ser considerada uma posição jusnaturalista fraca.

construção apologética. Porém, se por um lado há quem proponha com maior ênfase o tomismo como guia seguro para a análise do estudo do direito¹⁷⁹, por outro lado, há quem restrinja esta rigidez, procurando mitiga-lo por meio de sínteses conciliadoras entre o tomismo católico e certo sociologismo de maior proximidade àquele desenvolvido pela Escola de Recife. Neste último, busca-se a aproximação de uma ética atemporal com uma visão de mundo historicizante.¹⁸⁰

Na segunda metade do século passado, mesmo sem se afastar da direção jusnaturalista de cariz tomista, alguns autores buscam uma visão mais técnica no plano da teoria geral do direito. Matta Machado, nesse sentido, de forma técnica e rigorosa, em obra de relevo¹⁸¹, empreende análise de conceitos caros ao direito, sem deixar de enfrentar os argumentos desenvolvidos por linhas adversárias, aí incluído o positivismo normativista de Kelsen. O fato de apresentar fundamentação jurídico-sociológica em nomes como Durkheim, Duguit e J.Haesaert, demonstram sua erudição, mas não devem, contudo, nos confundir, já que suas posições finais não deixam dúvidas que seus fundamentos doutrinários estão fundados em Jacques Maritain e Tomás de Aquino.

Outra tendência observada em linhas jusnaturalistas produzidas no Pós-Guerra é a de empreender esforços no sentido de não desprezar a experiência sem, porém, considerar que o conhecimento pode nela se confinar. Assim, os valores a serem perseguidos pelo mundo jurídico estariam além do que seria possível à empiria atingir, ou seja, deve-se reconhecer que a realidade objetiva e os valores que nela atuam – e, portanto, relevantes para o direito - devem ser apreendidas no plano suprassensível, seja pela força do intelecto¹⁸², seja pela força do espírito.

Nos dias de hoje, no mundo inteiro (incluindo o universo justeórico brasileiro), a questão sobre a capacidade dos ideais jusnaturalista de servir como filtro sistêmico é controversa. Se já não é fácil encontrar autores consagrados que se disponham a defender posições jusnaturalistas fortes, o mesmo não se pode afirmar sobre as posições moderadas¹⁸³. O período pós-Neremberg, influenciou toda uma

¹⁷⁹ Em TOLEDO, José. *Noção de Lei Positiva Humana (ensaio de Tomismo Jurídico)*. São Paulo: s/ed. 1940.

¹⁸⁰ É o que se observa em NÓBREGA, Agripino. *Direito e Moral*. Petrolina: O Pharol, 1939.

¹⁸¹ MACHADO, Edgar de Godoi da Matta. *Direito e Coerção*. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1957.

¹⁸² Conforme defendido na obra BASTOS, Jenner Barreto. *A Filosofia do Direito e a Gnoseologia. Alguns aspectos*. Salvador: Tipografia Beneditina, 1954.

¹⁸³ Entre outros, conforme informado em NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, págs. 332-347, Godofredo Telles Júnior, que entende o Direito Natural como conjunto de normas autorizantes; José Pedro Galvão de Souza, que sustenta que o verdadeiro Estado de Direito pressupõe o direito natural; Benjamin de Oliveira Filho, seguidor das teses tomistas, principalmente a partir de Catherein, Leclercq, Dabin e Renard; Lydio Machado Bandeira de Mello, que

geração no sentido de propor uma ensaística de transição, procurando sair da rigidez positivista. A jusfilosofia brasileira mesmo que não completamente atrelada às concepções do jusnaturalismo, gravita em seu entorno por intermédio de algumas linhas culturalistas¹⁸⁴ e pós-positivistas.

Porém, se a classificação “jusnaturalismo moderado” puder ser considerada uma etiqueta adequada para aqueles que desprezam possíveis afastamentos teóricos entre o que se chama de jusnaturalismo fraco e o pós-positivismo, então, por via de consequência, é possível considerar como razoável a posição daqueles que enxergam na crise do positivismo jurídico no Brasil, um retorno à hegemonia jusnaturalista. Isto porque, dada à quantidade de autores brasileiros que hoje se autoproclamam como pós-positivistas¹⁸⁵, deve-se considerar que, admitida a tese de que as correntes pós-positivistas são variantes fracas jusnaturalistas, grandes são as chances do jusnaturalismo (mesmo que em sua versão mais débil) recuperar, neste Século XXI, a hegemonia do sistema jurídico brasileiro, perdida para as visões naturalistas/positivistas no Século XIX.

1.4.2.7.3. O Positivismo Jurídico no Brasil do Século XX

Já foi dito algumas vezes, mas é sempre bom realçar, o pensamento brasileiro vai sendo construindo de forma a sintetizar várias tendências. Embora essa não seja uma característica exclusiva da nossa forma de pensar - já que as construções teóricas, em qualquer parte, servem tão somente para estabelecer linhas paradigmáticas, sendo difícil apontar um exemplo no qual a construção teórica

em sua obra não apenas defende o direito natural, mas aponta suas fileiras contra o pensamento kelseniano considerando o vienense como justificador dos regimes ditatoriais e dos totalitários e tirânicos; Edgar Godói da Mata-Machado, como mais um representante do tomismo em terras brasileiras; e Wilson de Souza Campos que em CAMPOS, Wilson de Souza. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pág. 10, deixa clara sua posição quando assevera: “o Direito é uma realidade que se refere ao valor do justo, uma realidade referida aos valores de justiça, de segurança e de bem comum”.

¹⁸⁴ Nesta direção, MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, pág. 123. O autor aproveita a oportunidade e enumera diversos autores que estariam aptos a serem citados como produtores de obras que estariam nesta linha: Miguel Reale, José Pedro Galvão, Oliveira Litrento, Aloysio Ferraz Pereira, Ubiratan Macedo, André Franco Montouro, Paulino Jacques, Vicente Rao, Auto José de Castro, Evaristo de Moraes Filho e Osny Duarte Pereira.

¹⁸⁵ Pode-se dizer que os defensores das linhas neoconstitucionais no Brasil, normalmente atrelados a perspectivas pós-positivistas, embora não possam ser enquadrados nas chamadas linhas jusnaturalistas, na linha defendida neste trabalho, certo é que algumas de suas ideias, seguindo a visão sobre o tema defendida por Perez Luño, gravitam próximas às posições jusnaturais.

encontre no mundo fático um seu espelho¹⁸⁶ -, a verdade é que o fenômeno do positivismo jurídico em um quadro naturalista, em terras brasileiras, apresenta-se repleto de peculiaridades e envolto por percepções equivocadas.

Se como foi dito anteriormente, a vertente jurídica do positivismo do Século XX, de matriz comteana, não apresentou maior repercussão, algumas escolas filosóficas de transição como o empiriocriticismo de Ernst Mach e o neopositivismo da chamada Escola de Viena¹⁸⁷ vão exercer influência incontestável, não apenas nas elites pensantes do país, mas também no pensamento jurídico produzido, auxiliando no amadurecimento dos modelos positivistas/naturalistas¹⁸⁸ do século anterior.

Porém, antes que a Escola de Viena viesse a lançar luzes (tardias) sobre o panorama jurídico-filosófico brasileiro por intermédio de Hans Kelsen - sem favores, considerado o maior representante do positivismo jurídico no âmbito da *Civil Law*, com a sua vertente normativista de raiz analítica¹⁸⁹ - e também em momento anterior a que as influências do pensamento das versões teóricas positivistas de Norberto Bobbio (também ele um analítico), fizessem eco no meio jurídico-intelectual brasileiro¹⁹⁰, já havia se dado, no Brasil, a consolidação de um tipo de positivismo que encontra raízes naturalistas.

Essa posição teórica que no Século XIX se apresenta como oposição à versão clássica do positivismo comteano, no Século XX passa a ser entendida como uma vertente positivista, a partir da ampliação do próprio conceito de positivismo

¹⁸⁶ E aqui cabe lembrar que houve festejados autores pátrios, como Pontes de Miranda, que entenderam que só o ser (e não o dever ser) importaria ao mundo do direito, posição que não é, absolutamente, defendida neste trabalho.

¹⁸⁷ Como bem afirmado em MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Positivismo Jurídico e autoritarismo político: a falácia do reductio ad hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 104-105, nas primeiras décadas do Século XX, a ciência jurídica vivia seu momento de maior esplendor em razão do juspublicismo da escola de Viena (Wiener Schule), da qual participaram, sob a liderança de Hans Kelsen, outros nomes de grande estatura intelectual, tais como, de Adolf Merkl, Alfred Verdross, Felix Kauffmann, Félix Scherier, Franz Weyr e Josef Kunz.

¹⁸⁸ Embora as posições positivista e naturalista apresentem características que, no pensamento do Século XIX, entram em desacordo, como bem afirma Reale em REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Grijalbo; EDUSP, 1976, pág. 25, “se positivistas, evolucionistas e monistas se digladiaram às vezes em polêmicas ásperas, tratava-se de desavenças de família...” Nesta linha, como iremos observar no Capítulo 2, sob uma perspectiva de análise metodológica, o traço fundamental do positivismo jurídico é o fato de que a validade do direito positivo não se vincula a um ideal de justiça substancial, razão pela qual as posições analíticas (formalistas) e as empíricas (sócio-culturalistas) se adequam à etiqueta mais alargada de “positivismo jurídico”.

¹⁸⁹ Na trilha da classificação de modelos proposta em FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 47-48.

¹⁹⁰ A leitura do positivismo jurídico no Brasil advém mais dos escritos bobbianos do que àquele produzido por Kelsen. Porém, como bem afirmado por ROBLES, Gregório. *Norberto Bobbio*. In: DOMINGO, Rafael. (Org). *Juristas Universales*. Madri: Marcial Pons, 2004, v. IV, pág. 571, “*Todos estos libros se mueven em un marco que puede calificarse de positivista y, dentro de éste, próximo a las tesis de Kelsen y em ocasiones a las del positivismo lógico*.”

jurídico, deslocando-se dos estritos contornos comteanos. Poderíamos situar essa posições naturalistas no contexto de um positivismo sócio-culturalista, na linha de modelo teórico empiricista¹⁹¹, o qual encontra, no Brasil, algumas de suas raízes mais consistentes na Escola do Recife. Assim, no âmbito jurídico, o gênero “positivismo” compreende algumas espécies teóricas específicas que, a partir de um ângulo de análise metodológico, se caracterizam pela autonomia entre os campos da juridicidade e da moralidade, conforme teremos a oportunidade de observar de forma mais detalhada no Capítulo subsequente.

Assim, se tomarmos o conceito de “positivista” em senso mais alargado, ou seja, como oposição aos ideais jusnaturais¹⁹², mais precisamente nos termos da distinção metodológica proposta por Norberto Bobbio, realmente poderemos compreender não haver problema em considerar como juspositivistas (em algum dos sentidos estabelecidos pelo jurista italiano) muitos dos expoentes da cultura jurídica brasileira, demonstrando a força deste pensamento entre nós.

De toda forma, apenas para fins organizatórios, faz-se necessário que façamos uma distinção entre um positivismo de raízes teóricas analíticas e aquele de raízes teóricas empíricas. Já Kant havia concedido material teórico para esta distinção quando afirma que todo conhecimento ou é formal (ocupando-se somente da forma do entendimento e da razão em si mesmas) ou material (considerando qualquer conhecimento), auxiliando na distinção entre uma perspectiva analítica (formal) e uma perspectiva empírica (material)¹⁹³ do positivismo.

Tratemos, então, mesmo que de forma breve, o contexto em que foram observadas no Brasil algumas das principais visões ditas positivistas.

1.4.2.7.3.1. O positivismo jurídico *strictu sensu*

¹⁹¹ Na linha da classificação proposta por FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 47-49 e 105-107.

¹⁹² A dificuldade de estabelecer claramente pontos em comum entre linhas fundamentais para os positivistas não é simples, como bem alertado em FIGUEROA, Alfonso García. *Ser ou no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 97-98, quando a autor já levanta o problema se é ou não uma doutrina fundamentalmente normativa (a questão se o objeto do direito está no ser ou no dever ser). Em razão das incertezas teóricas que envolvem o positivismo, o citado autor parece encontrar um ponto fundamental que serve como referência a qualquer linha positivista: “Cuanto más avanza el debate en torno al positivismo jurídico, más honda es la impresión de que el verdadero propósito del positivismo jurídico ha radicado siempre en la voluntad de derrotar el jusnaturalismo.”

¹⁹³ Em KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2011, pág. 13, quando o autor, no prefácio de sua obra elabora uma classificação que se torna clássica.

Na origem temos um positivismo de raiz comteana, capitaneado, principalmente, por Pedro Lessa, mas também por João Arruda¹⁹⁴ e José Mendes¹⁹⁵, seguidores estes do primeiro, sem, contudo, deixarem totalmente de lado versões naturalistas mais amplas. Pedro Lessa, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, mas também catedrático de Filosofia do Direito da Academia de São Paulo, é, sem dúvidas, aquele que tem seu nome mais fortemente associado a um positivismo jurídico de matriz comteana. Para tanto, além da visão positivista, assume ele também uma doutrina organo-evolucionista, afastando-se por completo de concepções jusnaturalistas de caráter teológico ou mesmo racionalista. Entendeu que o método a ser aplicado no Direito é o positivo no sentido de científico, em um processo de combinação dos métodos dedutivo e indutivo, ou seja, mais relacionado a um modelo analítico de análise.¹⁹⁶

É difícil encontrar nos estudiosos da filosofia jurídica, mesmo aqueles que têm a pretensão de historiar o desenvolvimento do pensamento jurídico brasileiro, alguma alusão mais evidente no sentido de classificar algum autor como “positivista em sua vertente analítica”.¹⁹⁷ Isso se deve em parte à tendência ao hibridismo, mas também a uma clássica deficiência na formação cultural desenvolvida no decorrer da história do Brasil que, se por um lado, manteve íntima relação com uma forma de raciocínio especulativo, por outro lado, pouca afinidade criou com um tipo de raciocínio de base científica, principalmente se nos referirmos a um subtipo que tem por norte uma lógica formal, de natureza dedutivista. Aos poucos, porém, o mundo jurídico brasileiro vai crescentemente aderindo a esta visão científicista, enfatizando, na esteira da Escola do Recife, a vertente empiricista. O naturalismo do Século XIX é a base do positivismo jurídico desenvolvido, entre nós, no decorrer do Século XX. Por isso, faz-se mais lógico que iniciemos nossa análise por essa vertente teórica, a mais influente corrente positivista no âmbito do pensamento jurídico brasileiro.

¹⁹⁴ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 171. Discípulo de Pedro Lessa, mas também influenciado por Hebert Spencer e pelo positivismo crítico de Icilio Vanni, embora (como nunca deixa de ser no universo jurídico, em especial no brasileiro) levado por um ecletismo, toma por norte o antigo brocardo “*Legum omnes servi simus, ut liberi esse possimus*”

¹⁹⁵ Referenciado em NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, págs. 325-326, como seguidor de Pedro Lessa e Spencer.

¹⁹⁶ Há em LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, págs. 33 e seguintes, uma veemente defesa do uso de uma metodologia positivista no direito.

¹⁹⁷ Um bom exemplo está na obra de MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, págs. 121 a 149, quando o autor, ao classificar as linhas do pensamento contemporâneo, após tratar da tradição jusnaturalista, apresenta as seguintes linhas: sociológica, lógica e linguística, crítica, para só então classificar como corrente dogmática o que, no decorrer do texto, alude como positivismo jurídico. Lista, então como dogmáticos, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz e Lourival Vilanova.

1.4.2.7.3.2. O positivismo em sua visão mais alargada – a posição positivista/naturalista

Como dito, para efeito classificatório, não se usou a denominação “naturalista” para os juristas mais vinculados às teses evolucionistas, empiricistas ou mesmo culturalistas. Preferiu-se, e ainda assim é, tratá-los por positivistas, embora seguindo uma linhagem empiricista, ou seja, aquela que acentua situar-se o direito no campo do “ser” e não do “dever ser”. Apontaremos, então, alguns dos principais representantes de linhagem diversa no ampliado âmbito do que passou a se chamar positivismo, com o propósito de acentuar que tipo de positivismo parece ser mais influente no espaço jurídico brasileiro.

1.4.2.7.3.2.1. Clóvis Beviláqua e a transição para o Século XX

Um primeiro nome que não pode deixar de ser apontado como um dos expoentes do pensamento jurídico brasileiro e que se insere nessa visão naturalística-positivista do direito brasileiro é o de Clóvis Beviláqua. Esse grande jurista bem perfez a transição do pensamento jurídico brasileiro do Século XIX para o Século XX, trazendo todas as influências da Escola de Recife, a qual esteve ligada de forma umbilical. É nome que integra o reduzido grupo de intelectuais brasileiros que, além de versar e produzir no plano filosófico, muito produziu também na esfera dogmática, razão pela qual é considerado o maior jurista da Escola do Recife¹⁹⁸.

O jurista cearense inicialmente seguiu a doutrina positivista¹⁹⁹ e, ao não admitir que o direito adviesse da razão, assumiu uma perspectiva evolucionista. Por isso, na linha cientificista/evolucionista que caracterizou a Escola do Recife, concebeu o direito como um fenômeno natural²⁰⁰, passível de explicação por leis naturais, o que, segundo Beviláqua, garantiria ao Direito à expansão em três sentidos: ampliação do

¹⁹⁸ Embora tenha produzido obra de grande valor, na verdade Clóvis Beviláqua ficou mais conhecido por ter elaborado o Código Civil brasileiro de 1916, que regeu as leis civis do país por 86 anos. Ressalte-se ainda que Beviláqua é um dos pouquíssimos nomes brasileiros que são destacados em obras ou autores internacionais. O mesmo encontra-se, inclusive, citado no volume III da obra *Juristas Universales*. DOMINGO, Rafael. (Ed.). Madri: Marcial Pons, 2004, obra que inventaria todos os grandes juristas da história.

¹⁹⁹ Ao contrário do que ocorrera com outros dois expoentes da Escola do Recife, Clóvis Beviláqua ao superar o positivismo litteísta, não a atacou, reconhecendo suas contribuições à implantação de uma cultura científica no Brasil. É o que é extraído em BEVILÁQUA, Clóvis. *Esboços e Fragmentos*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1899, pág. 83

²⁰⁰ Claro que nos referimos à natural no sentido de naturalismo, pois segundo em BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e Direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, pág. 159, “...o direito se despreendeu das faixas míticas e litúrgicas que o envolviam, deixou as religiões e os preceitos de seu rito e da moral religiosa e se integrou à parte, adquirindo com a selecção ocasionada pelo tempo e pelos contactos sociais, a bella eurythmia de sua organização artística e científica.”

Direito atribuídos a pessoas; aumento gradativo das garantias para um número crescente de pessoas e crescente segurança dos direitos reconhecidos.²⁰¹ Esses movimentos seriam confirmados tanto pela racionalidade, mas também pela história.²⁰²

Na esteira dos ensinamentos de Rudolf Von Ihering²⁰³, expôs que a tese da luta seria o principal fator do direito, que o cria e o mantém. Enxerga na lei, em relação ao costume, a vantagem de oferecer lucidez e segurança ao direito²⁰⁴. Porém, como não poderia deixar de ser, há uma indiscutível influência da sociologia que permeia sua obra, entendendo que uma concepção mais vasta do direito, deve buscar auxílio em Comte, Darwin, Spencer, Haeckel, Wundt, Maine, Ihering e Post, fazendo assim com que uma combinação de filosofia, ciências naturais, psicologia e direito melhor traduza a realidade do mundo fenomênico onde se encontra. ”²⁰⁵

Por esta razão, em Clóvis Beviláqua, o direito é um produto das necessidades sociais, refletindo em sua origem, organização e vida, as divergências que distanciam entre si os diversos núcleos associativos que o criaram. Se a civilização humana é polimorfa, o direito que a reflete e a estimula deve, necessariamente, ser igualmente polimorfo,²⁰⁶ posição essa que nos parece ter mantido atualidade.

1.4.2.7.3.2.2. Francisco Campos e o positivismo naturalista autoritário

Outro exemplo, seguindo matrizes diversas, foi Francisco Campos, jurista de grande cultura, com forte inclinação doutrinária. Sua importância no cenário jurídico brasileiro se fez presente em alguns momentos decisivos da vida política brasileira²⁰⁷, principalmente quando esses momentos sinalizavam a ascensão de posições que tinham por pretensão apoiar posições autoritárias. A sua adesão ao pensamento naturalístico-positivista é evidente. Embora sua simpatia por algumas

²⁰¹ Em BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e Direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, págs. 195 e 196.

²⁰² Em BEVILÁQUA, Clóvis. *A Fórmula da Evolução Jurídica*. In: *Obra filosófica: Filosofia social e jurídica*. São Paulo: Grijalbo, 1975, v. II, pág.85.

²⁰³ A quem Beviláqua rendeu grande homenagem no campo do direito, juntamente com Hermann Post.

²⁰⁴ O que parece ser ainda hoje a grande linha de defesa do positivismo contra as várias escolas que com ela rivalizam. Neste sentido, FIGUEROA, Alfonso García. *Ser ou não ser normativo: um dilema para o positivismo jurídico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 97, quando afirma que a ideologia da segurança se erige como pilar fundamental do edifício positivista.

²⁰⁵ Em BEVILÁQUA, Clóvis. *Juristas e Philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897, págs. 105.

²⁰⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e Direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, pág. 9.

²⁰⁷ Conforme MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 180, lembrando seu protagonismo tanto pela elaboração da constituição para-facista de 1937, como também o Ato Institucional nº 1, que deu origem ao Golpe Militar de 1964.

posições kantianas, nega ele que a deontologia ou a axiologia possam estar na base do pensamento jurídico²⁰⁸, sendo que o jurista deveria preocupar-se com empresa de caráter eminentemente positivo.²⁰⁹

Essa influência é extraída da Escola alemã do *Allgemeine Rechtslehre* (baseada nos estudos desenvolvidos na segunda metade do Século XIX por Carl Bergbohm, E.R. Bierling e Felix Somló), que representam de forma paradigmática o positivismo em sua forma filosófica na teoria jurídica do início do Século XX. Nesse sentido, afirma Campos ser a filosofia do direito uma ciência posicionada entre a ética e a economia política, mas que procura na contribuição das ciências jurídicas puras, elaborar os princípios mais gerais do direito, que auxiliariam na organização jurídica do Estado moderno, a partir de uma concepção crítica e orgânica da sociedade e suas relações com o indivíduo humano, entendido este último como ser racional e histórico-social.²¹⁰

1.4.2.7.3.2.3. Pontes de Miranda e a força do fato

Para muitos, Pontes de Miranda é maior jurista brasileiro do Século XX.²¹¹ Embora já tenha produzido em tempos contemporâneos ao de Kelsen (inclusive sustentando com este algumas polêmicas), parece estar mais entrelaçado às posições teóricas positivistas em suas vertentes empíricas. Considerado possuidor de vasta cultura, sua obra abrange vários ramos do conhecimento que se entrecruzam às linhas jurídicas, sendo que o próprio Clóvis Beviláqua reclama sua vinculação à Escola do Recife, considerando-o filho desta.²¹² Neste sentido, estando ele situado no âmbito do naturalismo, é certamente possível classificá-lo como um positivista empiricista, em consonância com sua preocupação de relacionar o direito com a realidade sócio histórica.

²⁰⁸ Como bem observado em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 181, Francisco Campos não esclarece como passar do ser ao dever ser das leis e instituições vigentes ao ideal que haveria de reformar suas ideias.

²⁰⁹ Como se apreende da leitura em CAMPOS, Francisco. *Introdução Crítica à Filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1918, pág. 73.

²¹⁰ Nesta direção, em CAMPOS, Francisco. *Introdução Crítica à Filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1918, pág. 115. É bem verdade que Francisco Campos entende que será necessário também o subsídio das ciências antropológicas, históricas e sociais, o que realmente o aproxima de uma visão naturalista, coadunando-se com as vertentes científicas do período.

²¹¹ Em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 186, essa possibilidade é levantada pelo autor citado, embora no decorrer do seu texto demonstre clara divergência ideológica com o jurista alagoano.

²¹² Informação constante em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, pág. 187.

Pontes de Miranda, nessa linha, procurou escapar das ideias que caracterizassem o direito como uma busca por um tipo de justiça abstrata e vaga, típica do racionalismo, e transcendental, típica das teocracias. Segundo o jurista, a justiça fundamentadora do direito (concreta, social, verificável e conferível) deveria ser buscada no fato (o que o leva a afirmar que deve ser provada pelos números extraídos de dados estatísticos) e na realidade da vida.²¹³ Essa visão, segundo Pontes, tem o condão de aproximar a justiça das verdades científicas. O direito é descrito como imanente à vida social, sendo um verdadeiro fenômeno natural.

A ciência jurídica, segundo Pontes de Miranda, deveria ser apresentada como fenômeno causal e não como finalista, de forma que não há invenção, mas pura descrição.²¹⁴ Tal linha, submete o fenômeno jurídico ao fenômeno social,²¹⁵ sendo algumas de suas posições geradoras de muitas polêmicas, como aquela que afirma que à ciência jurídica não importa o *sollen*, mas apenas o *sein*,²¹⁶ pois do fato chega-se ao “dever ser”. Assim, do indicativo poder-se-ia chegar ao imperativo,²¹⁷ em uma clara posição de supremacia total do fato sobre a dimensão valor.

Vale a pena fazer menção, porém, sobre uma de suas posições que o aproxima de algumas vertentes pós-positivistas hodiernas. É aquela em que afirma que sendo a analogia jurídica e os princípios gerais do direito meios insuficientes para o preenchimento das lacunas, o caminho correto seria o de recorrer ao que ele denomina como “revelação do direito”. Por esta linha, a solução deveria ser retirada das relações sociais e, a partir destas, em um processo científico, poder-se-iam alcançar regras jurídicas. A arbitrariedade estaria afastada, tendo em vista que o juiz não teria a liberdade para criar subjetivamente a norma, pois que estas se revelam como se revelam as leis físicas.²¹⁸

Muitos outros autores poderiam ser aqui relacionados às vertentes positivistas/naturalistas (positivistas empiristas), já que essa linha apresenta grande destaque no período. Entretanto, aqueles relacionados acima parecem ser representativos, já que, considerados “Chefes de Escola” no Brasil. Suas formulações

²¹³ O que poderia aproximá-lo de uma veia das concepções realístico-jurídicas americanas.

²¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Systema de Scientia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, v. II, pág. 73-83.

²¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Systema de Scientia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, v. II, pág. 256.

²¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Systema de Scientia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, v. I, pág. 474.

²¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Systema de Scientia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, v. II, pág. 8.

²¹⁸ Como bem observado em NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, pág. 340, essa linha muito se aproxima também daquela defendida por Gény, embora não tenha feito Pontes de Miranda qualquer referência neste sentido.

foram as que mais influenciaram o panorama jurídico brasileiro no decorrer do século passado. O intuito de apontar os mais paradigmáticos representantes da vertente positivista no pensamento jurídico brasileiro, não tem por propósito apenas explicitar algumas das notas mais características que os definem como tal, mas principalmente aclarar o fato de que nossa tradição juspositivista sempre se manteve próxima de uma concepção histórico-social (empírica), afastando-se de vertentes mais abstratas e formais (analíticas).

1.4.2.7.3.3. O kelseanismo e sua influência no Brasil

Ao se fazer alusão às vertentes mais abstratas do positivismo no parágrafo anterior, deve-se ressaltar a curiosidade que desperta o normativismo kelseniano. Isso porque, se por um lado, não encontramos em nosso meio um significativo número de justeóricos de maior nomeada que tenha abraçado suas teses de forma cabal²¹⁹ (como houve, por exemplo, até mesmo com o positivismo comteano), por outro lado, sua influência no debate jusfilosófico brasileiro foi (e continua sendo) muito intensa, dada a força dos seus fundamentos. Neste sentido, seja pelas linhas teóricas que ainda servem de marco para se pensar o direito, seja pela concepção metodológica e ideológica, que tanta polêmica ainda causam, o que realmente é gerador de estranheza é o fato de que, apesar de ser Kelsen um autor de referência (no sentido mais amplo que o termo possa ter), não há uma defesa integral das suas posições no Brasil.

As adesões às ideias de Kelsen no Brasil são sempre parciais, de maneira que sua teoria jurídica, como visão purista e neutral (conforme ainda teremos a oportunidade de analisar), não possui, em terras brasileiras um corifeu a altura do destaque que seu pensamento mereceu no universo jurídico dos países aderentes ao sistema românico-germânico. Entretanto, não se deve colocar em questão a influência que ainda exerce a partir do posto de pensador central que ainda ocupa. Os conceitos teóricos por ele propostos (principalmente no âmbito do estudo da validade e da jurisdição constitucional) continuam sendo, não apenas referenciais, mas pontos de

²¹⁹ Como grande defensor das teses kelsenianas podemos citar Lourival Villanova que em obras como VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e Filosóficos*. São Paulo: Axi Mundi, 2003, v. I e II, deixa bem clara a sua adesão ao kelseanismo. Porém, na linha de tendência híbrida a que se faz referência neste trabalho, contaminado pela doutrina de Kalinowski, Von Wright e García Máynez, Pontes de Miranda, Oto Weinberger e Norberto Bobbio.

partida incontornáveis na busca de teorizações adequadas aos institutos que fundamentam as novas concepções que se opõem ao normativismo de Kelsen.

Assim, o pensamento de Kelsen (e poderíamos acrescentar, uma concepção analítica em geral) não se externa no contexto brasileiro em sua forma pura, mas sempre se misturando a outras concepções, o que, se por um lado descaracteriza por completo a pureza almejada pelo austríaco, por outro lado, é uma característica essencial do pensamento jurídico brasileiro e que atinge até mesmo um positivismo que se caracteriza por exigir pureza, por mais paradoxal que isso possa parecer. Em um ambiente de crise entre as vertentes positivistas, fala-se nos dias de hoje de certo retorno às teses fundadoras (ou ao menos a certa interpretação de suas teses).²²⁰ Isto consistiria em destacar que o positivismo é uma doutrina fundamentalmente normativa, quer dizer, não pretende tanto dizer como é o direito, mas como deveria ser. Essa é, porém, uma tese que em terras brasileiras não parece receber a devida adesão. Pelos motivos já expostos e com base nos estudos até aqui estabelecidos, as vertentes positivistas que mais fortemente influenciaram o espírito jurídico brasileiro são exatamente aquelas que tem o fato (e não a norma) como referência.

Assim, embora linhas doutrinárias de prestígio²²¹ entendam possível a reação do positivismo jurídico de base analítica, com fundamento na busca da tecnicidade, certeza, clareza e segurança (o que, por si só, já legitima o movimento), a nós parece que uma vertente positivista (analítica) no Brasil será recebida com os devidos temperos. Se é verdade que ganhará bastante espaço e influência em terras brasileiras, a partir da segunda metade do Século XX (principalmente com Kelsen e Norberto Bobbio), terá sempre que acomodar-se diante da necessidade de conviver com o positivismo empírico, de cariz sócio histórico, construído em fortes bases no decorrer da primeira metade do século em comento e que tem por representantes, alguns dos mais significativos e influentes juristas no âmbito da formação jurídica brasileira.

Por essa razão não deixa de ser interessante observar que o sociologismo culturalista, que contamina as bases teóricas de um positivismo de cariz

²²⁰ Em FIGUEROA, Alfonso García. *Ser ou no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 96-97.

²²¹ E nos referimos a FIGUEROA, Alfonso García. *Ser ou no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 96-97 apresenta esta tese.

analítico, que ao aterrar no Brasil, na segunda metade do século passado, criaria uma terceira espécie (híbrida) é o mesmo que daria origem à construção de linhas não-positivistas (o Culturalismo Jurídico). Se por um lado, as posições positivistas analíticas perdem coerência com essa incontornável contaminação empirista, por outro lado é exatamente essa dose empirista, cuja tradição teria sido fortalecida desde o fim do Século XIX, que acaba por conceder maior legitimidade para a sobrevivência (e até hegemonia) de uma concepção que sempre teria a oposição de uma perspectiva justeórica que, encontrando-se nas raízes mais profundas do pensamento jurídico luso-brasileiro, traz como premissa fundante a relação entre direito e justiça.

Como se vê, parece haver evidenciar-se um vácuo no pensamento jurídico brasileiro, já que não parece haver em seu mais amplo quadro teórico uma concepção jurídico-filosófica que, concomitantemente, contemple duas características que se fizeram importantes no processo de construção mental do jurista brasileiro: o cientificismo empiricista da Escola do Recife e a necessária relação entre direito e justiça defendida pelas tradição jusnatural luso-brasileira. Exsurge, então, o Culturalismo Jurídico, nosso próximo ponto.

1.4.2.7.4. O Culturalismo jurídico

Uma visão culturalista iniciada por Tobias Barreto na segunda metade do Século XIX é reforçada no decorrer do Século XX, ao mesmo tempo em que algumas ideias de grande prestígio passam a ser fortemente contestadas. A ideia de progresso, por exemplo, tão cara aos evolucionistas, passa a ser criticada não apenas no campo da filosofia política (sob o argumento de que estaria a legitimar colonialismos e imperialismos), mas também no campo da epistemologia, na qual teria auxiliado a sustentar uma visão excessivamente otimista de avanço científico permanente. É a filosofia, através de sua postura crítica, que aponta falhas na fé cega ao cientificismo, em seu processo de produção da “verdade”, demonstrando que a ausência de princípios totalmente certos, seguros e rigorosos para a investigação, leva a resultados precários e duvidosos.²²²

Assim, a partir desta postura crítica, no Século XX reforça-se a tese da historicidade dos seres humanos, de uma razão construída no tempo, o que acarreta na visão de uma história descontínua e não progressiva. Cada época histórica e

²²² Neste sentido, em JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. II, pág. 13-15.

para cada sociedade os conhecimentos e as práticas possuem um sentido próprio. Por isso não há “a cultura”, mas “culturas diferentes”, inclusive “as jurídicas”. Cada cultura - em decorrência de suas condições históricas, geográficas e políticas nas quais se forma - inventa seu modo de se relacionar com o tempo, de criar sua linguagem, de elaborar seus mitos e suas crenças, de organizar as relações sociais, sua maneira de organizar o poder e a autoridade e, principalmente, de produzir seus próprios valores.

Nesse sentido, abre-se espaço, inclusive, para a produção de uma filosofia da diferença²²³ que mais se preocupa com as dessemelhanças e identidades do que com a singularidade e a particularidade. É bem verdade que esta vertente mais forte do culturalismo só se erguerá de forma mais incisiva nas últimas décadas do século passado. Porém, ela não foi construída instantaneamente: é um movimento que encontra raízes nas construções desenvolvidas no decorrer do Século XX, e não de forma contínua, mas de forma dialética, já que sempre houve reação (mais fortes ou mais fracas) por parte de outras concepções.²²⁴

Como vimos anteriormente, o maior destaque na produção jurídica positivista/naturalista se prendeu aos autores que, na linha da Escola do Recife, concederam maior relevo ao papel da história, das ciências sociais e da cultura no âmbito da produção do direito. Embora as visões científicas e evolucionistas (muito valorizadas em alguns dos principais nomes da Escola de Recife) tenham entrado em decadência, a verdade é que produção positivista/naturalista de maior prestígio se alicerçou nas pilastras da história e da cultura, como acabamos de ver, mostrando que não se tratava de um fenômeno de “moda”, mas uma das permanências assumidas por uma tradição (jurídica) que vai se construindo.

²²³ A “filosofia da diferença” faz parte de uma linha de pensamento que se distancia das concepções filosóficas e científicas que eram tidas como verdadeiras e estabelece um novo paradigma, caracterizado pela interdisciplinaridade. Parte do princípio que as diversas áreas do conhecimento estão sempre se transformando e se relacionando entre si, e que, por isso, tanto o sujeito quanto o objeto do conhecimento são construções, ou criações, do discurso científico de que fazem parte. Pensadores como Foucault, Deleuze, Guattari e Derrida, entre outros, que estão relacionadas a essa linha, fazem parte de uma tradição que tem como expoentes Espinosa, Bergson e Nietzsche. Como acima dito, a filosofia da diferença se interessa menos pelas semelhanças e identidades e muito mais pela singularidade e particularidade. Embora essa visão deva ser observada pelo campo do direito *cum grano salis*, já que, o nível de complexidade de análise exigido por uma concepção que privilegie visões particulares é sempre mais alto. Em relação ao direito e sua relação com a justiça, o problema é bem colocado em DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 30, quando afirma o autor: “A justiça é uma experiência do impossível.(...) O direito não é justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável.”

²²⁴ A Teoria Pura do Direito, por exemplo, é uma resposta que Kelsen dá ao que considera abuso das teses sociológicas para o direito. Por outro lado, embora tenham surgido versões jusnaturais que apresentam concessões à historicidade, versões mais ortodoxas sempre submeteram esta historicidade a princípios universais de justiça.

Nesta direção, a produção jurídica parece ter se submetido, de forma mais clara, não apenas a um filtro jurídico-normativo, mas também a um filtro fático-axiológico. A legitimidade das normas jurídicas, como resultado da adesão das consciências a que se dirigem as normas ²²⁵, passa a ser procurada no mesmo processo em que se busca os fundamentos de sua validade, de forma não apenas a respeitar as formalidades jurídicas do processo, mas, dentro do possível, a conexão das normas jurídicas com a cultura dos seus destinatários.

Seguindo, conforme dito, a linha de uma divisão classificatória proposta por Machado Neto²²⁶, passamos a apresentar alguns breves traços do chamado “culturalismo jurídico”, como movimento intelectual que se caracteriza por certo historicismo relativista que pretende uma síntese de todas as tendências justeoréticas, na tentativa de superação definitiva das variantes dogmáticas do positivismo cientificista, mas também jusnaturalismo de cunho metafísico.²²⁷ Muito em razão desta busca sintética é que alguns autores, por vezes classificados como culturalistas, são, por outros autores, identificados a visões próximas ao juspositivismo ou ao jusnaturalismo.

De toda maneira, essa posição justeorica teve grande impulso no Brasil após a Segunda Guerra, principalmente por meio do Instituto Brasileiro de Filosofia (IBF) que se projetou como instituição devotada a promover o diálogo entre as diversas correntes de filosofia existentes no país.²²⁸ Inspirando-se em posições conectadas com a problemática axiológica e com o transcendentalismo neokantiano²²⁹, mas ainda herdeira de Tobias Barreto, busca reorientar as diversas tradições filosóficas nacionais rumo a uma interlocução centrada nos valores, na pluralidade e no mundo da cultura.²³⁰ Aliás, para os culturalistas o direito pertenceria ao mundo da cultura e não ao da natureza (*physis*)²³¹, estando presente em um mundo

²²⁵ Nesta direção é definida a legitimidade em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 482.

²²⁶ É o que se apreende em MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, págs. 179-235, quando o autor, em seu capítulo IV, acaba por assim subdividir as linhas de pensamento jurídico.

²²⁷ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 176.

²²⁸ Segundo WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 175.

²²⁹ Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pág. 412 e WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 175-176.

²³⁰ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 175.

²³¹ Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pág. 412, quando observa-se neste ponto a influência kantiana.

construído pelo homem, por meio da história, em uma sociedade e civilização carregadas de cultura. Assim, o direito não faria parte da natureza e não seria exclusivamente valor, pois pertencente à cultura.²³²

1.4.2.7.4.1. O culturalismo paradigmático da Teoria da Tridimensionalidade do Direito

A superação da hegemonia epistemológica do naturalismo jurídico-sociológico é a tese de teor culturalista produzida por Miguel Reale, no começo da década de 1940, onde molda e sistematiza uma visão tridimensional do direito, baseada na relação entre as dimensões “fato” (sociologismo), “valor” (idealismo) e “norma” (formalismo).²³³ Em maior ou menor grau, essa concepção foi abraçada por um grande número de pensadores de destaque²³⁴, subdivididos em diversas rubricas que se concentram em torno de uma vertente, por vezes mais próximas a versões positivistas moderadas, outras vezes mais avizinhada a versões jusnaturalista,

²³² Segundo GUSMAO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, págs. 412-414.

²³³ É o que afirma WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, págs. 176 e 177.

²³⁴ São nomes importantes a serem listados como representantes desse eclético grupo de culturalistas os nomes de **Renato Cirell Czerna**, que, embora tendo desenvolvido estudos na perspectiva do idealismo italiano e depois tenha sido seduzido pelo materialismo dialético, não deixou de receber influência do tridimensionalismo jurídico de seu mestre, Miguel Reale; **Tércio Sampaio Ferraz Júnior**, outro discípulo de Miguel Reale, mas que desenvolveu sua linha de estudos mais relacionada à semiótica jurídica; **José Cretella Júnior** e **Teófilo Cavalcanti Filho**, autores identificados às posições realianas; **Oliveira Litrento**, que embora por alguns atrelado à uma posição jusnaturalista (conforme MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992, págs. 123) abraça, também ele, o tridimensionalismo jurídico, prevendo a necessária convergência entre sociologia jurídica e filosofia do direito. Aliás, sua admiração por Miguel Reale é expressa em LITRENTO, Oliveira. *Curso de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, pág. 210, quando afirma ser o grande jurista “o maior expoente da Filosofia do Direito no Brasil”; **Celso Lafer** que traça os campos de investigação em posições que se avizinham das dimensões fática, normativa e valorativa proposta pela Teoria Tridimensional do Direito; **Paulo Dourado de Gusmão**, adepto da filosofia culturalista, enxergou no direito um objeto cultural com sentido (normas consagradas pelos legisladores ou o pensamento reinterpretado no âmbito da história, embora alguns o identifiquem como jusnaturalista; **A. L. Machado Netto**, tantas vezes referenciado neste trabalho, foi um seguidor do egologismo de Carlos Cossio e deu grande destaque à conduta humana no processo de produção do direito. Também na linha de Recaséns Siches, entendeu o direito como objeto cultural. Porém, não negou algumas das teses de Kelsen como a hierarquia normativa kelseniana ou mesmo a tese da norma fundamental; nessa linha, **Marília Muricy Machado Pinto** se atrela ao egologismo cossiano, mostrando em seu trabalho, inclusive, as influências da teoria egológica na teoria Pura do Direito de Kelsen, a partir da controvérsia entre Cossio e Kelsen quando o primeiro defendia que o direito se origina da existência humana e suas intenções e o segundo colocava a origem e finalidade do direito na ordem jurídica considerada em sua validade interna normativa auto-referente, independente de valores e cultura; **João Maurício Adeodato**, tido como legítimo herdeiro da Escola de Recife, sempre defendeu a flexibilização e relativização das fronteiras da história do Direito, observando que esta deve ser permeável a outras áreas do saber; **Sílvio de Macedo**, que além de identificar o direito como objeto cultural, recebeu em sua teorização forte influência do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale; **Luiz Fernando Coelho**, que ao reconhecer a relação dialética de complementariedade entre as dimensões fática, normativa e axiológica no direito, atrela-se a um tipo de culturalismo realiano; **Luiz Washington Vita**, autodeclarado seguidor da perspectiva realiana de jusfilosofia (conforme VITA, Luis Washington. Disponível em: <http://www.cinfil.com.br/arquivos/Luis_washington_vita.pdf>, Acesso em 10/10/2013);

igualmente moderadas. Mesmo as críticas a um suposto conservadorismo que teria o culturalismo assumido nos dias atuais²³⁵, não parece ser suficientemente forte para mitigar a sua influência no espaço jurídico brasileiro.

De toda forma, o culturalismo encontrou no Brasil sua máxima relevância nesta linha de pensamento paradigmático de Miguel Reale que, sem abdicar de conquistas positivistas e jusnaturalistas, busca uma visão jurídica mais abrangente. Tendências como o historicismo idealista italiano (Benedetto Croce), o raciovitalismo orteguiano (Ortega y Gasset), a fenomenologia, o egologismo existencial, variadas nuances do marxismo acadêmico e militante, além de tendências tradicionais jusnaturalísticas mais recentes apresentam a característica de fundamentar posições justeóricas que enaltecem as dimensões fáticas e axiológicas do direito.

Entretanto, a posição realiana com sua teoria tridimensional do direito parece ser a mais consequente posição culturalista produzida, principalmente por ser a mais bem consistente e elaborada e, por isso mesmo, bastante influente no contexto teórico-filosófico brasileiro. A Teoria Tridimensional do Direito tem por pressuposto a Culturologia Jurídica, ou seja, a vivência do direito como cultura, como esforço humano de conquista e preservação daquilo que se concebeu ou se sentiu como valioso.²³⁶

Isso implica afirmar que, quanto maior a necessidade de uma determinada conduta, maior a pressão para que a mesma seja observada no quadro social. Porém, cessadas as circunstâncias históricas que levaram a que a mesma devesse ser observada, sua exigibilidade perde o sentido na mesma proporção que perde força a norma que a amparava. Trata-se de um problema no campo da eficácia e, evidentemente no campo da legitimidade, conforme teremos a oportunidade de analisar.²³⁷

²³⁵ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 176, o autor afirma que nas últimas décadas o Culturalismo Jusfilosófico tem se identificado com posturas idealistas, ecléticas e liberais, com perfil ideológico conservador, embora sem desmerecer as conquistas desta concepção.

²³⁶ Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 311.

²³⁷ De toda sorte, podemos adiantar uma pequena consideração acerca da relação entre eficácia e legitimidade, embora representem conceitos distintos. O grau de eficácia social de uma determinada norma é diretamente proporcional ao grau de legitimidade da mesma, se entendermos como legitimidade o cumprimento da norma pelo destinatário em razão da aceitação interna da mesma e não em razão da força coativa imposta pelo poder público. É bem verdade que a conclusão acima só pode ser considerada verossímil em um ambiente de normalidade democrática, situação em que a eficácia não se impõe pela força.

Neste caminho a visão jurídica culturalista de Reale nos leva a entender, a partir de sua Teoria Tridimensional do Direito, que o fenômeno jurídico ocorre em razão da integração indissolúvel das três dimensões pelas quais o direito pode ser observado: a dimensão fática, a dimensão valorativa e a dimensão normativa.²³⁸ Entre essas três dimensões há uma relação dialética de implicação e polaridade que só pode, necessariamente, ser analisada no âmbito do processo histórico-social.²³⁹

Porém, é equivocado asseverar que, por defender uma perspectiva culturalista, Miguel Reale priorize a dimensão fática em detrimento das demais. O pensamento realiano acaba por representar o produto das disputas intensas realizadas entre as diversas escolas que buscam a hegemonia de suas concepções a partir da segunda metade do Século XIX. Pelo contrário, parece ter a exata noção que a nossa tradição híbrida, que está sempre a buscar arranjos consensuais, só encontrará o desejado equilíbrio no momento em que a concepção proposta levar em conta as três dimensões, sem necessária sobreposição apriorística de uma sobre a outra.

A partir desta premissa, recusa Reale um sociologismo que traduza a exacerbação do fato^{240 241}, de um normativismo que represente a excessiva valorização da dimensão normativa²⁴², ou mesmo um eticismo (ou moralismo) em que

²³⁸ Segundo REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 60 e seguintes, considerado ao mesmo tempo sob os aspectos sociológico-histórico, axiológico e normativo. Porém, o próprio autor deixa claro que uma percepção das três dimensões do direito não é uma percepção original, já que o seu tridimensionalismo é um desenvolvimento de outras concepções como a de Lask, Radbruch, Santi Romano, Hariou, Rascoe Pound, Julius Stone, Wilhelm Sauer. Porém, o que há de original na sua construção é a perspectiva dinâmica a que se submete o fenômeno jurídico em sua concepção tridimensional. O tema é desenvolvido em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 511- 550.

²³⁹ Isso conduz a uma nova compreensão do método fenomenológico de Husserl, análise cujos resultados ficam na dependência de outros processos de natureza histórica e axiológica. LIMA, Paulo Jorge. *Teoria Tridimensional do Direito*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968, pág. 247.

²⁴⁰ Há diferentes vertentes para enfatizar a dimensão fática. Há quem estabeleça maior acento na raça, ou no meio físico, ou na consciência coletiva, ou na densidade demográfica, ou no acaso, ou na interferência dos grandes homens, ou mesmo na fé religiosa. Segundo em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 436, essas construções suntuosas, são "tão ricas de minúcias e erudição, quão precárias por seu artificialismo." Evidentemente não podemos deixar de incluir como versão sociológica aquelas posições que consideram que o fenômeno jurídico é uma manifestação do pensamento econômico, principalmente as que advêm de uma perspectiva marxista.

²⁴¹ No Brasil, a supremacia da perspectiva fática, foi, de forma mais relevante, marcada por alguns representantes da Escola de Recife (e ressaltamos Tobias Barreto e Sílvio Romero) e também por Pontes de Miranda (e aí se justifica o fato de Clóvis Beviláqua considerar Pontes de Miranda um descendente autêntico da Escola de Recife). Também podemos afirmar que as análises positivistas como as de Pedro Lessa e João Arruda deram maior ênfase à dimensão fática, como foi típico do pensamento positivista de raízes no Século XIX, o que não se seguirá com a forma positivista normativista kelseniana, para quem o maior acento está na dimensão normativa.

²⁴² Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 455, o autor lembra que essa é a posição teórica proposta por Hans Kelsen (a qual analisaremos de forma mais acurada

se aponte maior destaque para a dimensão valor²⁴³. Esta orientação tem por objetivo, então, conciliar essa posição culturalista, comprometida com a realidade jurídica, tanto com as exigências axiológicas, como também as técnico-formais. Neste sentido, o que propõe é um olhar integral ao fenômeno jurídico independentemente se este olhar provém do jurista, do sociólogo ou do filósofo.²⁴⁴

Na verdade, o fato de se conceder uma ênfase alargada à concepção do jurista paulista tem como fundamento o fato de considerarmos o fato de que o tridimensionalismo não apenas representa uma corrente filosófica que se adequa ao quadro híbrido do pensamento brasileiro, tomando-lhe a essência a partir de uma estrutura epistemológica consistente, mas também em razão de que esta concepção possui o mérito de continuar sendo um saber normativo, mais precisamente correlacionado à normatividade do direito positivo.²⁴⁵ Distancia-se de Kelsen, embora sem desprezar as conquistas teorizantes do vienense (como sempre faremos questão de frisar), ultrapassando o seu normativismo formalista.²⁴⁶ Aliás, cabe concordar com aqueles que apontam para a hegemonia e da incisiva influência do culturalismo axiológico de Miguel Reale na formação de várias gerações de juristas brasileiros.²⁴⁷

Há, no entanto, formulações críticas quanto a uma possível impotência do tridimensionalismo em continuar sendo uma proposta jurídica com alcance transformador. Alega-se, neste sentido, que a teoria tridimensional não mais possuiria eficácia para as novas necessidades de regulamentação social e para os objetivos

mais adiante dada sua importância), como reação ao sociologismo jurídico do final do Século XIX e início do Século XX. Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 455.

²⁴³ Em REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, págs. 481-482, o autor expande por intermédio da denominação de “moralista” ou “eticista” uma posição mais voltada para a dimensão valor, de forma a evitar uma restrição da mesma a posições jusnaturalistas da velha Escola do Direito Natural, racionalista e abstrata, que idealizava uma ordem jurídica plena e perfeita. Assim, podemos distinguir entre os eticistas, os adeptos e os não adeptos de um conceito de direito natural. A fim de melhor definir o que o autor estabelece como eticista ou moralista, seguem algumas das características dessa vertente do pensamento jurídico, segundo Reale: “O *dever ser* dotado de conteúdo ético, a normalidade como imperatividade, os comandos assentes em razões teleológicas, a ordem jurídica baseada em princípios universais e obrigatórios, ou a eles vinculados (...)”. Porém, não deixa de ser marcante a passagem em que afirma: “É absurdo, em suma, no seu modo de ver, uma norma sem função diretiva e que não obrigue em consciência, quando a essência de uma regra consiste na ordenação de meios e fins.”

²⁴⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 613

²⁴⁵ Neste sentido, CLÉVE, Clèmerson M. *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988. Págs. 73-74.

²⁴⁶ É bem verdade que Reale afirma que o pensamento jurídico kelseniano jamais foi formalista no sentido ingênuo da palavra. A forma própria do normativismo kelseniano é constitutiva já que desempenha sempre uma função referencial em relação à experiência social. Em REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, pág.62-63.

²⁴⁷ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 178, por exemplo, o autor cita formalismo retórico da teoria da decisão jurídica de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o humanismo crítico-dialético de Roberto Lyra Filho, o sociologismo estrutural-funcionalista de José Eduardo Faria, o culturalismo fenomenológico de Luiz Fernando Coelho, as tendências epistêmicas de base semiológico-discursiva de Luiz Alberto Warat e as proposições juspsicanalíticas de Agostinho Ramalho Marques Neto.

político-jurídicos de uma sociedade de desenvolvimento tardio do capitalismo periférico,²⁴⁸ principalmente se pensarmos em uma realidade aonde a pluriculturalidade é incentivada e a defesa de identidades é considerada um direito de minorias e grupos vulneráveis.

Embora tais críticas sejam realizadas a partir de posições respeitáveis, entendemos que os problemas apontados podem ser superados pelo próprio desenvolvimento da teoria, já que o tridimensionalismo pode representar uma posição teórica de partida para se pensar concepções filosófico-jurídicas que se adequem às novas configurações sociais, valorativas e mesmo teórico-jurídicas que naturalmente emergem em um mundo no qual a dinamicidade é a regra. O direito, segundo Reale, sofre os influxos da realidade e dos valores produzidos na sociedade e o reproduz no campo normativo-jurídico.

Não se quer afirmar que a teoria realiana não mereça alguns reajustes, pois nos parece que Miguel Reale ao traçar uma teoria capaz de se relacionar com os problemas que de impunha a uma sociedade específica desenvolvendo tal teorização limites que o próprio repertório do momento histórico por ele vivido permitia. Ir além seria exigir que se pudesse enxergar além das possibilidades concedidas pelo seu próprio tempo histórico, concepção essa já veementemente refutada por Heiddegger em *Ser e Tempo*, quando afirma que os limites do conhecimento e do entendimento encontram fronteiras nas possibilidades estabelecidas pelo nosso próprio tempo. Aliás, o próprio Reale parece perceber isto quando afirma que o presente é a tensão entre o passado e o futuro, o dever ser a dar peso e significado ao que se é e ao que se foi, de forma a se criar uma correlação funcional entre valor e tempo, axiologia e história.²⁴⁹

Por essa razão, entendemos que o tridimensionalismo está longe de configurar uma posição teórica ultrapassada. Pelo contrário, seus alicerces teóricos encontram-se em plena conformidade com a tradição jurídica brasileira, colocando-se como concepção genética para novas teorizações que, a partir de seus pressupostos fundamentais, estejam aptas a se relacionar com teorias e realidades não consideradas pela teoria tridimensional como a hipercomplexidade social, a liquidez

²⁴⁸ Em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 177, essas críticas são realizadas, embora o autor reconheça as conquistas teóricas do tridimensionalismo. Sem apontar o pensamento realiano expressamente parece ir nesta mesma direção FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pág. 182.

²⁴⁹ Em REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: situação atual*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, págs. 80-81. Nesta mesma direção CARNELLI, Lorenzo. *Tempo y derecho*. Buenos Ayres: Librería Jurídica, 1952, págs. 142-143.

profunda, a multiculturalidade, bem como com o modelo de centralidade constitucional que o sistema jurídico brasileiro vem, pouco a pouco, abraçando, e que parece absolutamente compatível com o tridimensionalismo realiano.

1.4.2.7.4.2. O tridimensionalismo realiano e a visão neoconstitucional: a possibilidade de hibridismo entre duas concepções compatíveis

Por essa razão, embora tenhamos como imprescindível a existência das posições advindas do chamado “pensamento crítico” (também conhecida por “crítica jurídica”), cuja proposta é a de estabelecer uma formulação teórico-prática que seja capaz não só de operacionalizar novas mentalidades, mas também esteja apta a questionar o que está sendo ordenado e oficialmente consagrado no conhecimento, no discurso e no comportamento em uma dada formação social, concebendo outras formas diferenciadas e emancipadoras pluralista de práticas jurídicas²⁵⁰, entendemos que o tridimensionalismo realiano oferece a oportunidade de reforçar uma tradição (permanência) no sistema jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que possui uma estrutura que concede a possibilidade de desenvolvimento de versões teóricas que se conformam com uma concepção neoconstitucional, mais precisamente uma concepção neoconstitucional “à brasileira.”

À acusação de que possa essa proposta representar mais uma tentativa de conciliação equivocada com versões alienígenas, respondemos reafirmando a convicção já expressa anteriormente de que os hibridismos no mundo contemporâneo são inevitáveis e, muitas vezes, enriquecedores. Relembrando uma intuição anteriormente apresentada, a realidade tem mostrado que não deve se temer o hibridismo quando o mesmo é realizado de forma equilibrada e sensata. Pelo contrário, é este um desafio complexo, inevitável e fértil. Muito mais ainda para uma tradição jurídica que não conhece outra forma de conceber o direito.

Por esta razão, entendemos que o momento atual é o de reforçar nossa “tradição imediata”²⁵¹, sem, todavia, romper com as linhas teóricas que alimentam a

²⁵⁰ Assim conceituado em WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, págs. 181-182.

²⁵¹ Como dito anteriormente, é de grande importância, por intermédio do que chamamos de um olhar endógeno, levarmos em conta as dimensões histórico-culturais em que se construiu internamente a ordem jurídica brasileira, identificando suas rupturas ideológico-doutrinárias no tempo, mas, principalmente, enfatizando suas continuidades no tempo. Porém, a partir de uma perspectiva de análise exógena, cabe-nos chamar a atenção para o inevitável - já citado - processo de hibridismo a que está sujeita a ordem jurídica brasileira na contemporaneidade, no contexto de um processo global de hibridização por que passam todas as ordens jurídicas modernas.

“tradição mediata”.²⁵² A recepção das posições neoconstitucionais, não se caracteriza como uma importação acrítica e deslocada. Pelo contrário, conceber o neoconstitucionalismo - como concepção pós-positivista que tem a constitucionalização do sistema como ideia central- como uma formulação teórica, parece adequar-se coerentemente à realidade e tradição do direito brasileiro, principalmente se for alinhada às propostas formuladas por Miguel Reale.

Como já foi dito no início do Capítulo, mais difícil do que identificar o problema, é acertar a justa medida em que se deve dar a recepção das ideias neoconstitucionais, de forma a construir uma concepção adequada à realidade jurídica brasileira. Neste processo, o importante é que, simultaneamente, possamos, simultaneamente, considerar as dimensões histórico-culturais e jurídicas em que vem se construindo internamente a ordem jurídica brasileira, sem deixar de ter em conta a necessidade de abertura do sistema às novas e complexas soluções encontradas pelos diversos sistemas jurídicos afins ao nosso que, em um mundo globalizado, não deixa de ser uma produção integrada em que as influências se dão de forma cruzada.

Por esta razão, a busca por uma maior clareza na análise não pode deixar de combater uma abordagem superficial do direito, que abandone os instrumentos de pesquisa e reconstrução teórica desenvolvidos no decorrer da história²⁵³, de forma a oferecer um corpo teórico confuso, impreciso e, pior, incompatível com a tradição daquele sistema específico. Isso porque, se é correta a intuição que desenvolveremos no decorrer do trabalho, o direito somente se enlaça de maneira soberana à vontade dos obrigados, quando possui um título de legitimidade. Ora, tal legitimidade é uma objetividade que resulta da força de seus comandos quando extraídos estes de princípios que se encontram em consonância com as contingências do tempo e do lugar e que, pela força de suas linhas de justificações, são capazes de conquistar a adesão das consciências dos destinatários.²⁵⁴

²⁵² O sistema jurídico brasileiro sempre se alimentou das grandes escolas do pensamento jurídico ocidental, especialmente a italiana, a francesa, a alemã, a espanhola, a americana, as latino-americanas (essas mais relacionadas aos tempos de neoconstitucionalismo). No que se refere à Escola jurídica portuguesa, esta não pode ser considerada uma tradição mediata, sendo muito mais adequado afirmar que faz parte de nossa tradição imediata, seja pela raiz do pensamento jurídico brasileiro, seja pelo intercâmbio permanente, incentivado pelo compartilhamento da língua.

²⁵³ E aí concordamos integralmente com POZZOLO, Susanna. *Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e a globalização*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 430, quando a mesma afirma que os processos em curso põem em crise as tradicionais reconstruções dogmáticas, o que não significa que o processo de reconstrução não possam se tornar útil, porém sem que com isso se abandone os processos de pesquisa e reconstruções históricas dos últimos séculos.

²⁵⁴ Nesta direção, REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 482.

Por isso, não é prudente, nem razoável e (no limite) nem possível abdicar do extraordinário esforço oferecido por gerações de juristas de grande estirpe (lembrando que a tradição jurídica brasileira vem se construindo na esteira de uma tradição abrangente ocidental), que em seus respectivos tempos se utilizaram dos conhecimentos deixados pelos antecessores e, indo além, deixaram às gerações posteriores um grande legado jurídico-cultural “imprescindível” para a eterna reconstrução de direito que tem por função organizar e conceder soluções justas para sociedades crescentemente complexas e mutantes.

Embora advoguemos pela tese de que uma concepção “culturalista”, nas linhas aqui apresentadas, encontre-se como a mais adequada para contaminar qualquer uma das concepções jus-teóricas contemporâneas que busquem o papel de hegemonia no sistema jurídico brasileiro, a verdade é que é voz corrente que o sistema brasileiro vem sendo dominado nos últimos tempos, por concepções de cariz juspositivista, embora fortemente acossadas pelas denominadas linhas neoconstitucionais. Não apontam apenas para o juspositivismo empírico a que fizemos referência, mas também para posições positivistas analíticas, recepcionadas em razão do grande destaque recebido em algumas das escolas estrangeiras que mais influenciam o quadro jurídico brasileiro.

Por esta razão, no âmbito do estudo que faremos no Capítulo que a este se segue, com o propósito de analisar o quadro contemporâneo das disputas pela hegemonia jusfilosófica em curso no Brasil, e que fundamenta os debates da relação entre juízo de constitucionalidade e legitimidade, aprofundaremos a análise das teorizações juspositivistas e neoconstitucionalistas contemporâneas, conectando-as, sempre que possível, com o quadro de construção do pensamento jurídico brasileiro apresentado neste Capítulo. O intuito é o de apontar às congruências, as inconsistências, as aproximações e os distanciamentos das linhas teóricas oferecidas pelas citadas escolas, fundamentalmente quando se deparam com a realidade teórico-jurídica brasileira e suas raízes mais profundas. É o nosso próximo passo.

CAPÍTULO 2: As bases jurídico-filosóficas centrais do sistema jurídico brasileiro contemporâneo

Como já tivemos a oportunidade de afirmar anteriormente, existem muitíssimas concepções, métodos, estilos, objetos e ideias referentes à forma de conceber o direito, o que torna difícil explicar sua natureza.²⁵⁵ Embora cientes de que cada sistema jurídico, a rigor, possui características específicas que o tornam único em relação aos demais (e procuramos demonstrar essa especificidade do sistema jurídico brasileiro no Capítulo anterior), não se pode desconsiderar que existem concepções (a partir de tipos ideais) dos quais se utilizam os filósofos e os juristas com a finalidade de descrever, explicar e, a partir daí, classificar, ordenar, e comparar os diversos sistemas jurídicos, de acordo com alguns pontos fundamentais – conforme teremos a oportunidade de ver mais adiante - no processo de busca pela compreensão do fenômeno jurídico.

Mesmo que essas grandes generalizações, a que estamos denominando por “concepções”²⁵⁶, nos proporcione tão somente características abrangentes (como não poderia deixar de ser, já que essa classificação tem por propósito exatamente demarcar um espaço teórico genérico, de onde germinam várias espécies e, até mesmo, subespécies de concepções), a verdade é que essa forma de classificar que toma por base as linhas conceituais em suas configurações mais genérica - marca de nossa cultura moderna ocidental –, acaba sendo imprescindível, visto que nossas capacidades de investigação, previsão, heurística, organizatória e avaliativa potencializam-se com o uso de tais modelos referenciais.²⁵⁷

É por esta razão que consideramos imprescindível o uso destas “concepções” como referências teórico-discursivas fundamentais, pois acabam as mesmas por servir de parâmetros no processo que avalia a convergência entre um determinado sistema jurídico e o quadro teórico-filosófico que lhe proporciona suporte. Com isso evita-se ou - como seria mais correto afirmar – mitiga-se as possíveis contradições que a ordem jurídica em análise desvaloram, de maneira a cumprir seu papel sistematizador, além de estabelecer um esboço hipotético, intencionalmente parcial e aproximativo que, cedo ou tarde, malogrará.²⁵⁸

²⁵⁵ Na direção do afirmado em ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madri: Marcial Pons, 2008, pág. 35

²⁵⁶ Mas que recebem denominações várias como: modelos teóricos, tradições, correntes, escolas filosóficas entre outras.

²⁵⁷ Nesta direção, FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 105.

²⁵⁸ Conforme BUNGE, Mário. *Teoria e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 1974 pág. 30.

2.1. A luta pela hegemonia em meio a um hibridismo sistêmico

Ressalte-se o fato de não se estar defendendo a necessidade de inserção absoluta de qualquer sistema em uma específica concepção filosófico-jurídica “pura”, seja ela positivista, jusnaturalista, realista, neoconstitucional, culturalista (como denominamos por razões metodológicas uma das fases do pensamento jurídico brasileiro)²⁵⁹ ou mesmo qualquer outra que venha a concorrer pela supremacia teórica em um dado sistema. Aliás, é extremamente difícil (praticamente uma hipótese de escola) que juristas operantes em certo ordenamento compartilhem as mesmas ideologias para leitura das fontes jurídicas do ordenamento²⁶⁰, situação ainda mais evidente na realidade jurídica brasileira, como tivemos a oportunidade de observar no Capítulo anterior.

Na verdade, defende-se neste espaço a tese de que dificilmente no mundo real - aquele concreto dos fatos - poderia uma ordem jurídica assentar-se em uma concepção pura, isenta de miscigenação (razão pela qual, em última instância, é possível afirmar que mesmo no âmbito filosófico, cada sistema possui uma identidade própria). Essa visão pode ser intensificada se levamos em conta o fato de que estamos inseridos em um contexto de pluralismo intenso, característica que se prorroga naturalmente no âmbito jurídico e jusfilosófico, justificando essa realidade híbrida,²⁶¹ que parece estar além das discussões teóricas que o assunto desperta.²⁶²

Fazem-se necessárias, entretanto, algumas elucidações. Mesmo que não neguemos as diversas influências absorvidas por um dado sistema jurídico, temos como ponto de partida a necessidade de coerência e unidade que deve identificar qualquer ordem jurídica, por mais que esta posição, por vezes, liberte a ira de algumas

²⁵⁹ Embora não seja essa uma classificação tida como clássica dentre as grandes concepções sistêmicas no universo jurídico ocidental, o fato é que o Culturalismo, principalmente na sua versão realiana, parece ser um caso que não se enquadra como um subtipo entre os grandes grupos existentes no período (jusnaturalismo, juspositivismo ou realismo jurídico). Daí, termos citado-o não como um subtipo, mas como categoria autônoma.

²⁶⁰ Nesta direção PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pág. 22.

²⁶¹ A própria constituição brasileira não apenas prevê, mas incentiva o pluralismo, conforme se deduz no art. 215, quando afirma que “o Estado...apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

²⁶² Um interessante debate parece ser aquele entre Frank I. Michelman e Barbara Herman, quando o primeiro, em MICHELMAN, Frank I. *Moral Improvisation, Moral Change and Political Institutions. Comment on Barbara Herman*. In: RICHARDSON, H. S.; WILLIAMS, Melissa S. (Ed.). *Moral Universalism and Pluralism*. Nova Iorque: New York University, 2008, 64-63, apresenta crítica profunda à segunda, quando a mesma em HERMAN, Barbara. *Contingency in Obligation*. In: RICHARDSON, H.S; WILLIAMS, Melissa S. (Eds.). *Moral Universalism and Pluralism*. Nova Iorque: New York University, 2008, págs. 17-53, afirma que “ninguém possui autoridade para alterar normas morais” (“No one has authority to change moral norms”).

escolas críticas do direito²⁶³. Isso nos encaminha à conclusão de que, por maior que seja a complexidade do quadro em análise, qualquer sistema possui uma concepção filosófico-jurídica predominante com quem mantém, em maior ou menor grau, maior identificação e que converge com uma das concepções ideais estabelecidas pelos filósofos do direito.²⁶⁴

Isso possibilita não apenas o desenvolvimento de análises teóricas de concepções de referência, como também auxilia no processo de distinção entre elas, concorrendo para melhor explicitar características que concedem (ou retiram) coerência ao sistema. Mesmo que se entenda que cada sistema possui uma concepção particular sob o ponto de vista cognoscitivo, não há como negar que esta acaba por se identificar mais fortemente com uma das concepções ideais genéricas. Se por um lado, somos socorridos pelas facilidades que nos concedem a identificação de uma ordem jurídica específica, com uma única concepção de referência, por outro, devemos evitar todas as maneiras os equívocos que uma simplificação desta espécie costuma nos levar.

Nesta direção de análise, é razoável reconhecer que, em verdade, estaremos sempre diante de uma “concepção filosófico-jurídica predominante”, e não de uma “concepção filosófico-jurídica absoluta que, eliminando por completo os traços das que com ela rivaliza, faça prevalecer uma ideia de exclusividade. Embora cientes de que em qualquer sistema várias concepções litigam pela hegemonia, em uma rude disputa em torno de qual concepção deva prevalecer em sistemas jurídicos complexos - como os que vigem em sociedades modernas -, a verdade é que essas diferentes concepções, no âmbito de uma pronunciada pluralidade, cada vez mais acabam por conviver no interior de uma ordem jurídica, relacionando-se entre elas de forma dinâmica e dialética.

Por essa razão, o modelo hegemônico, embora predomine sobre os demais concorrentes, não os elimina de todo, em um quadro de hibridismo no qual,

²⁶³ Em FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pág. 182, o autor faz a seguinte assertiva: “...uma visão formalista do Direito, destinada a garantir valores burgueses e insistindo em categorias formuladas desde a Revolução Francesa (como por exemplo a univocidade da lei, a racionalidade, a coerência lógica dos ordenamentos, a natureza neutra, descritiva e científica da dogmática, etc.), (...) Daí, por extensão, seus princípios fundamentais se identificam com o dogmatismo que pressupõe verdades perenes e imutáveis, capazes de exercer o controle social sem sacrifício de sua segurança e aparente neutralidade.”

²⁶⁴ Embora pudéssemos externar aqui um quadro amplíssimo de Escolas filosófico-jurídicas, a verdade é que essa miríade de concepções são espécies ligadas, em maior ou menor grau, a algumas “concepções-mãe” que, embora genéricas, vêm traduzindo as principais ideias circulantes no mundo jurídico contemporâneo. São elas: o jusnaturalismo, o juspositivismo, o realismo e o neoconstitucionalismo. Deve-se ter em conta que na raiz de cada uma dessas formas genéricas, muitas outras derivações podem ser visualizadas.

insistimos, não se ausenta um *overlapping consensus*.²⁶⁵ Deve-se ressaltar que tais concepções não constituem meras explicações de fenômenos, já que na prática funcionam como verdadeiras doutrinas, ou seja, ensinam e dizem qual a direção a ser seguida, delimitando as possibilidades de escolha teórica por parte daqueles que estão habilitados a participar deste específico campo do conhecimento, no nosso caso, o jurídico.²⁶⁶

O importante é que se tenha em vista que os conceitos instrumentais de natureza técnico-jurídica que demarcam as condições de validade normativa devem estar em conformidade (compatibilidade) com a concepção filosófica hegemônica.²⁶⁷ Se assim não for, está-se diante de uma séria crise (típica dos momentos de troca de paradigma) em que se observa que a própria produção dogmática divorcia-se das concepções jurídico-filosóficas que dão base ao sistema, criando uma situação caótica na qual a ausência do nexo de coerência entre as diversas normas, geram o que poderíamos, metaforicamente, diagnosticar como “esquizofrenia sistêmica”.

Aliás, seguindo a linha proposta, é razoável supor que a ideologia das fontes do direito se sobrepõe ao material normativo “bruto”,²⁶⁸ sendo ela determinante na seleção e individualização do direito aplicável, ou seja, do direito válido que é destinado a se tornar eficaz por se apresentar justificável diante de um quadro sociocultural vivenciado pelo grupo, evidentemente sob a ótica do mencionado *overlapping consensus*. Isto permite que o intérprete escolha as normas aplicáveis sobre a base de argumentos interpretativos tidos por justificáveis, bem como a atribuição de valores normativos aos documentos jurídicos.

2.2. Positivismo Jurídico e neoconstitucionalismo: a disputa pela hegemonia sistêmica

²⁶⁵ Na linha conceitual estabelecida em RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993. Aliás, do contrário até mesmo o diálogo entre os participantes do diálogo se tornaria impossível.

²⁶⁶ Conforme FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 108.

²⁶⁷ Embora se possa sempre compartilhar com outras concepções algumas afinidades, o que acaba por acentuar o caráter único de cada sistema. Em GEERTZ, Clifford. *Conocimiento local*. 3ª reimpressão. Madri: Paidós, 2011, pág. 242, parece ser muito bem colocada a seguinte afirmação: “es que o estudio comparado del derecho no puede consistir en reducir las diferencias concretas e generalizaciones abstractas.”

²⁶⁸ Conforme PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, págs. 22-23.

O problema da relação entre positivismo e certo tipo de constitucionalismo já era colocado por Nicola Matteucci²⁶⁹, sob a influência dos estudos realizados por Charles McIlwain, nos anos sessenta do século passado. Ao enfatizar uma conotação garantista da constituição, criticou a filosofia analítica italiana, mais especificamente a teoria formal do direito defendida por Bobbio. Embora Bobbio não tenha sido indiferente à objeção, respondendo a crítica formulada²⁷⁰, a verdade é que o tema não mereceu maior destaque naquele momento histórico, apenas vindo à tona com o surgimento das correntes neoconstitucionais, nos anos 1990.

É ainda comum nos dias de hoje observar juristas brasileiros afirmando “que o sistema jurídico brasileiro rege-se por uma linha positivista”, bem como ouvir de outros tantos a tese de que “estamos em tempos de domínio neoconstitucional”. É, sem dúvida, um processo de simplificação que tem objetivos didáticos, no qual se apresenta a linha preponderante como se fosse à linha real uma concepção pura. Todavia, essa forma de análise, simplista e incompleta, é, ainda assim, de grande importância, pois é nela que o sistema passa pelo seu primeiro momento de individuação, cooperando para a construção de uma ordem jurídica coerente e racional.²⁷¹

Daí decorre a necessária incursão no estudo de algumas das concepções que dominam o debate jurídico-constitucional brasileiro, de maneira a se poder extrair quais as ideias que definem estas concepções e, por via de consequência, analisar se são as mesmas, verdadeiramente, as linhas régias que comandam o sistema jurídico pátrio. Seguindo esta direção apontada, atualmente, a doutrina autorizada vem colocando em destaque duas posições mais genéricas no embate por esta suposta supremacia, no âmbito do sistema jurídico brasileiro contemporâneo: a concepção juspositivista e a concepção neoconstitucional.

Mesmo aqueles que defendem a tese de que as visões neoconstitucionais tendem a ocupar o espaço de concepção hegemônica admitem que

²⁶⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Positivismo giuridico e costituzionalismo*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno XVII, n.3. Milão: s/ed. págs.985-1100, 1963.

²⁷⁰ É o que anota MARGIOTTA, Costanza. *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Ano XXX, nº 2. Bologna: s/ed. 2000, págs. 387-425.

²⁷¹ Sempre é interessante lembrar na trilha especificada em GEERTZ, Clifford. *Conocimiento local*. 3ª reimpressão. Madri: Paidós, 2011, pág. 242, quando afirma: “*el derecho es un conocimiento local; local no únicamente por lo que hace al lugar, tiempo, clase y variedad de resultados, sino en referencia a sus acentos – caracterizaciones vernáculas de lo que sucede conectadas a imaginarios vernáculos do que puede suceder.*”

a concepção juspositivista é aquela a ser superada²⁷², caracterizando-a como o “inimigo a ser vencido”. Colocando-se o problema de outra forma, para aqueles que enxergam na ascensão neoconstitucional um processo de alteração paradigmática da concepção filosófico-jurídica do sistema brasileiro, por via lógica, admitem a crise e a decadência da concepção que está sendo superada²⁷³, no caso o positivismo jurídico. Faz-se, então, imprescindível visualizar quais são os pontos que o definem e quais os que fundamentam as críticas que colocam em xeque sua suposta hegemonia.

Antes de dar início a esta tarefa, faz-se necessário, porém, que façamos alguns esclarecimentos. O fato de citarmos tão somente as concepções juspositivista e neoconstitucionalista na luta pela hegemonia sistêmica contemporânea, não reduz a estas duas Escolas a influência a que se submete o sistema jurídico pátrio, embora não neguemos seus papéis de protagonismo. No âmbito das discussões que se travam em torno dessa disputa, também participam outras posições teóricas que deixam suas marcas, razão pela qual sentimo-nos obrigados a estabelecer algumas breves considerações.

Não é de se desconsiderar a influência e marca profunda que o jusnaturalismo, principalmente o de viés tomista, deixou em nossa tradição. Se não são suas linhas suficientemente fortes para se fazer reconhecer como preponderante nos dias atuais, em face das demais linhas concorrentes, certamente ainda são suficientemente intensas para auxiliar no combate àquela que, no decorrer da história, é sua grande antagonista: a concepção positivista.

Neste ponto, se o pensamento jusnaturalista em nossa tradição não tem força para se impor, ao menos parece estar mais próximo de apoiar os argumentos defendidos por linhas neoconstitucionais pós-positivistas²⁷⁴ que, enfatizando posições teóricas a partir de um principialismo constitucional, inserem-se, conforme veremos,

²⁷² Neste sentido, STRECK, Lênio. *Pós-fácio*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010, pág. 204, quando afirma que os elementos do positivismo são ultrapassados e que só pode ser chamado pós-positivismo uma teoria do direito que tenha efetivamente superado o positivismo. Porém, no âmbito jurídico brasileiro, vários autores vêm defendendo a superação do paradigma positivista por um paradigma neoconstitucionalista, em maior ou menor intensidade, entre eles: Luiz Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, Ingo Sarlet, Walber de Moura Agra, Ana Paula Barcelos, Humberto Ávila, Walber de Moura Agra.

²⁷³ STRECK, Lênio. *Pós-fácio*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010, pág. 204, o autor afirma que “o neoconstitucionalismo somente tem sentido como “paradigma do direito, se for superador do positivismo e dos diversos positivismos.”

²⁷⁴ Parece ser esta a visão em em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007, pág. 43.

em uma perspectiva de análise “não-positivista”²⁷⁵. Por esta razão, não se pode negar que a ascensão neoconstitucional no Brasil encontra suas bases, também, nos alicerces mentais construídos pela Escola jusnatural (embora entendamos que o tipo de neoconstitucionalismo deva ser tendencialmente culturalista, no caminho proposto pelo tridimensionalismo realiano).

Um segundo ponto a ser comentado nesse processo de delineamento das principais linhas de reconfiguração do sistema jurídico brasileiro, embora bem menos óbvio, diz respeito a uma possível influência de uma concepção jusfilosófica de cariz realista, nos dias atuais. A referida ausência de obviedade decorre do fato de não ter feito a concepção realista parte de nossa tradição justeórica no decorrer da história, conforme ficou evidenciado no capítulo anterior. Porém, não há como negar uma crescente aproximação das linhas jurídicas pátrias contemporâneas com um tipo de racionalidade pragmática típica do pensamento realista (principalmente o americano).

Aliás, entre algumas características que reforçam essa posição uma se destaca: a ampliação do papel exercido pelos juízes e pela jurisprudência no quadro de organização do sistema jurídico brasileiro. Esta fenômeno só é possível ser explicado no contexto contemporâneo do processo de aproximação da família jurídica de *civil law*, com algumas das formulações típicas (e fundamentais) da *common law*, bem como no âmbito do inescapável processo de globalização cultural do qual praticamente todos os países do mundo fazem parte e no qual o direito é ator de grande destaque como agente integrador. Feitas essas considerações, passemos ao estudo do positivismo jurídico.

2.3. A concepção positivista em sua vertente jurídica – em busca dos pontos definidores.

A expressão “Positivismo” não é, certamente, unívoca,²⁷⁶ como frequentemente faz parecer ser aqueles que a utilizam sem maiores cuidados e em um

²⁷⁵ Embora sobre esse rótulo pare, ainda, controvérsias. Em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, pág. 42, o autor inclui entre versões pós-positivistas algumas versões que outros autores situam, ainda, no âmbito do positivismo jurídico. São elas o positivismo jurídico institucional de Neil MacCormik e Ota Weinberger, os positivismos positivos e negativos de Jules Coleman, os positivismo inclusivo e exclusivo de W. J. Waluchow, o positivismo crítico de Luigi Ferrajoli. No caso de Ferrajoli, o autor nega terminantemente que esteja vinculado às correntes pós-positivistas, auto-intitulando-se como um herdeiro das tradições positivistas, mais especificamente na esteira de seu mestre, Norberto Bobbio. De qualquer forma, é um tema ao qual se dedicará, mais adiante, maior aprofundamento.

²⁷⁶ Neste sentido, PARGA, Milagros Otero. *Reflexiones sobre el Positivismo jurídico*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad

nível superficial. Aliás, como já tivemos a oportunidade de ver no Capítulo anterior, vários são os significados que o termo foi ganhando no decorrer do tempo²⁷⁷, o que acaba por tornar bastante difícil sua caracterização.²⁷⁸ Há quem defenda, inclusive, posições mais radicais, colocando em causa até mesmo a utilidade deste conceito²⁷⁹.

No âmbito jurídico, a expressão positivismo foi cunhada ao fim do Século XIX, na esteira do positivismo filosófico. Embora possuam teses distintas, convergem, no entanto, em alguns pontos²⁸⁰, sendo um dos mais explícitos a reação contra a chamada “Era Metafísica”²⁸¹. Na percepção positivista, o mundo é reduzido à sua descrição científica, sendo que o positivismo jurídico, da mesma forma, também

Salamanca, 2006, pág. 937, quando afirma que não é acertado falar em Positivismo em si mesmo como um movimento de características únicas, mas que as manifestações são sempre plurais como a própria sociedade a que servem.

²⁷⁷ Nesse ponto, um dos problemas que emergem é aquele já citado anteriormente Em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, pág. 42, no qual o autor inclui entre versões pós-positivistas algumas versões que outros autores situam, ainda, no âmbito do positivismo jurídico, como o positivismo jurídico institucional, o positivismo positivo, o positivismo inclusivo e o positivismo crítico de Luigi Ferrajoli.

²⁷⁸ A multiplicidade de direções e vertentes internas, segundo ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Positivismo Jurídico y Sistemas Mixtos*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 601, é uma característica que o Positivismo Jurídico compartilha com o Jusnaturalismo, o que acaba por dificultar o estabelecimento de características específicas. Já em CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV, pág. 1410, embora o termo “positivismo jurídico seja bastante corrente na linguagem jurídica, a “fixação do seu verdadeiro sentido e a determinação das suas genuínas expressões doutrinárias e institucionais na experiência histórica do Direito dão azo a sérias dúvidas e divergências”.

²⁷⁹ É o que é lembrado em CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV, pág. 1410.

²⁸⁰ Como afirma RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon, 1979, pág. 37, o Positivismo Jurídico indica tese análoga, porém não idêntica ao Positivismo filosófico. Neste sentido, BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Instituto Piaget: Lisboa, 2006, pág. 167-168, entendendo haver uma ligação entre a filosofia de Augusto Comte até mesmo com o Normativismo kelseniano.

²⁸¹ Em TODESCAN, Franco. *Compendio di storia della filosofia del Diritto*. Milão: CEDAM, 2009, pág. 321, o autor informa que como corrente filosófica o positivismo “*esprime una concezione antimetafisica della realtà*”. Neste sentido, significa uma reflexão sobre o dado empírico (o que no âmbito jurídico levará ao entendimento de que direito é um fato), prescindindo de qualquer metafísica, sendo uma reação direta contra o Iluminismo (e seu racionalismo abstrato) e contra o Idealismo (e sua fundação da realidade no espírito absoluto).

partilha dessa visão de desencantamento ²⁸², desconsiderando, assim, a possibilidade de que o Direito conceda um sentido e significado últimos à ordem social²⁸³.

Como já lembrado antes, um dos problemas para a análise do positivismo jurídico e a explicitação de suas principais teses é o fato de estarmos diante de um rótulo de grande abrangência, que abarca muitas versões. ²⁸⁴ Consequentemente, muitos desacordos há no que se refere aos seus pontos essenciais caracterizadores,²⁸⁵ podendo mesmo se chegar a verdadeiras discrepâncias.²⁸⁶ Tentaremos estabelecer um rol de características que, em princípio, seriam as que formariam o núcleo duro das diversas correntes, com o propósito de

²⁸² Em sentido próximo àquele que Max Weber estabelece em WEBER, Max. *From Max Weber: Essays in Sociology*. Nova Iorque: Wrigth Mills, 1946, págs. 138-139, quando afirma que já não existem poderes misteriosos e imprevisíveis que interfiram em nossa vida. Pelo contrário, poderíamos, em princípio, dominar tudo mediante previsão, por intermédio de meios técnicos e de cálculos. Neste sentido, o desencantamento do mundo aproxima-se do processo de intelectualização e afasta-se do sentido que concedemos ao termo “secularização”, pois, conforme informado em PIERUCCI, Antônio Flávio. *Secularização em Max Weber. Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido*. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Nº 37. São Paulo, junho de 1998, v. XIII. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200003&script=sci_arttext>, Acesso em 01/08/2011, a secularização (termo que já existia na época de Weber, mas não utilizado por este) implica “abandono, redução, subtração do status religioso; significa *sortie de la religion*”, enquanto o desencantamento do mundo ocorre exatamente em sociedades profundamente religiosas, já que são as religiões éticas que operam a eliminação da magia como meio de salvação.

²⁸³ É esse mais um ponto de aproximação entre o Positivismo Filosófico e o Positivismo em sua versão jurídica, como, nesta direção, assinala BARZOTTO, Luís Fernando. *Positivismo. Jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 643.

²⁸⁴ Sobre o excesso de correntes positivistas SGARBI, Adrian. *Validade e obrigatoriedade: o dever jurídico no centro da tormenta. Uma defesa do positivismo metodológico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 32 e SCHIAVELLO, Aldo. *Positivismo Jurídico e relevância da metaética. Uma defesa do positivismo metodológico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 61 e 62.

²⁸⁵ Em PARGA, Milagros Otero. *Reflexiones sobre el Positivismo jurídico*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 938 a 940, a autora, a partir de uma visão histórica, enumera, entre as escolas que seguem a linha positivista, a Escola da Exegese, a Escola Científica (que tem como principal nome o de Gény), a Escola Histórica (como grande representante, Savigny), a Escola Sociológica (como grande representante, Comte), a Escola da Jurisprudência dos Conceitos (que tem como grande representante o “primeiro Ihering”), a Escola da Jurisprudência dos Interesses (que tem como grande representante o que alguns chamam de “segundo Ihering”), a Escola do Movimento do Direito Livre (representada, sobretudo, por Kantorowicz). Embora entendamos que a listagem acima abarca também o que em nossos estudos realizados no capítulo anterior chamamos de naturalismo, a lição que se pode tomar após analisar um rol tão abrangente é que mesmo entre os estudiosos sérios, há aqueles que não se esforçam em determinar um filtro mais seletivo no sentido de estabelecer categorias classificatórias mais restritivas. Não deixa de ser importante lembrar, como bem referenciado em MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismo e Iuspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 944, que posteriormente houve novas tendências dentro do quadro positivista distinguidas por “ruidosos qualificativos” como “incorporacionista” (e “não incorporacionista”), “inclusivo” (e “não inclusivo”), “corrigido” (e “observante”), “suave” (e “duro”), “brando” (e “rígido”). Os primeiros, no intuito de revitalizar o positivismo em sua vertente jurídica, reprovavam os segundos, considerados dignos representantes das visões mais clássicas do que se costumou designar por positivismo jurídico.

²⁸⁶ Como bem ilustra FIGUEROA, Alfonso García. *Ser ou no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 97-98.

estabelecer algumas premissas para uma análise crítica pelas chamadas teses pós-positivistas (ou não-positivistas, como denominam alguns outros) ²⁸⁷.

2.3.1. A visão analítica do positivismo jurídico em Norberto Bobbio

A tarefa de alicerçar uma visão mais abrangente dos contornos teóricos do positivismo jurídico, principalmente no âmbito dos objetivos deste trabalho, parece encontrar maior apoio na obra de Norberto Bobbio.²⁸⁸ Há, certamente, motivos para essa escolha e, evitando possíveis acusações de arbitrariedade²⁸⁹, externaremos cinco razões:

a) Em primeiro lugar, pelo fato desse autor ser um reconhecido estudioso do pensamento positivista continental, tradição a qual o Brasil sempre esteve filiado²⁹⁰;

b) Em segundo lugar, em razão de desfrutar o jurista italiano grande prestígio no universo jurídico-político brasileiro, sendo o conjunto de sua obra um dos mais respeitados e estudados dentre todos os autores estrangeiros nos cursos de Direito²⁹¹;

²⁸⁷ Mesmo que as expressões sejam muitas vezes usadas como similares, entendemos que podem apresentar, em alguns sentidos, conotações diversas. Por isso, no momento apropriado, enfrentaremos a temática.

²⁸⁸ Embora ele, Bobbio, faça referência a esta teoria em várias de suas obras, aqui refiro-me, principalmente, a duas delas: BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo giuridico*. Turim. G. Giappichelli, 2006 e BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011.

²⁸⁹ Vários são os expoentes da literatura jurídica que citam Norberto Bobbio como um dos grandes estudiosos do positivismo jurídico. Um bom exemplo encontramos em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 9ª ed. Madri: Tecnos, 2010, pág. 86, quando cita Bobbio como um dos grandes teóricos do positivismo jurídico ao lado dos dois mais representativos autores desta escola: Kelsen e Hart.

²⁹⁰ Neste sentido, mais adequado do que outros grandes juristas como H.L.A. Hart, J. Raz, Neil Mac Cormick, entre outros, que embora sejam também grandes teóricos do positivismo jurídico, estão em maior grau vinculados à tradição de *common law*. Todavia, a fim que se faça justiça, a posição assumida em HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 287-288, ao estabelecer as características do positivismo jurídico em nota referente à página 201, o autor em muito se aproximará dos conceitos que aqui se apresentarão, inclusive os formulados por Bobbio. Assim, estabelece Hart que a) as leis são comandos humanos, b) que não existe uma conexão entre direito e moral (*ser e dever ser*), c) que a análise ou estudo dos significados dos conceitos jurídicos é importante, d) que um sistema jurídico é um sistema lógico fechado, em que as decisões corretas só podem ser deduzidas das regras jurídicas pré-determinadas através de meios lógicos; e) que os juízos morais não podem determinar-se como as afirmações de fato, através de argumentação racional, demonstração ou prova ("não cognitivismo na ética"), embora reconhecendo que Kelsen não defenderia as posições "a" e "d".

²⁹¹ Concordando nesse ponto com a visão presente em MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O Momento do Positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 236, quando o autor afirma que "O positivismo mais lido no Brasil, sem, dúvida, é o de Norberto Bobbio, lido desde os estudantes (o positivismo jurídico) até por teóricos acadêmicos (teoria da norma e teoria do ordenamento).

c) Em terceiro lugar, ser o estudo bobbiano acerca do positivismo jurídico - com a célebre fórmula de distinção de três aspectos de análise - uma formulação teórica clássica, bastante conhecida e referenciada em vários sistemas jurídicos distintos, além de possuir grande utilidade explicativa;

d) Como um quarto motivo, podemos citar o fato de buscar o autor citado estabelecer um conceito amplo e não arbitrário de positivismo, que se apresentaria, então, como uma tradição (entendida como uma corrente de pensamento dotada de certa unidade orgânica quanto aos seus propósitos, ou aos seus pontos de vista ou mesmo a certas opiniões) detentora de sinais certos de identidade e de uma existência dinâmica - que, por isso, acomoda em seu interior posições diferentes -, mas sem apelar para uma tentativa de extrair uma essência conceitual²⁹²;

e) E, por último, pelo fato de que uma tarefa como a que aqui se propõe deve ter um ponto referencial de partida, ainda que seja este, como não poderia deixar de ser, criticável sob alguns aspectos.

Muito embora algumas posições apresentadas por Bobbio gerem discordâncias consistentes por parte de renomada doutrina²⁹³, deve-se admitir que não é crível que uma empreitada desta ordem (estabelecer os pontos fundadores do positivismo jurídico em sua extensão mais ampla) possa ser concebida a partir de uma exposição explicativa que contemple todos os pontos de vista, principalmente se

²⁹² Também parece entender que o trabalho de Bobbio tem essa característica Pedro Serna, embora considere que o jurista italiano não tenha desenvolvido de forma totalmente satisfatória o desafio que se dispôs enfrentar. É a posição em SERNA, Pedro. *El Inclusive Positivism ante la mirada del observador*. In: *El Positivism Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 489.

²⁹³ É o que encontramos em MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Positivism Ideológico e Ideologia Positivista*. In: *El Positivism Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, págs. 459-460 quando o jurista espanhol critica a posição de Bobbio em razão de apresentar-se a mesma em uma direção mais próxima às versões positivistas mais rígidas e estritas, em detrimento de posições mais flexíveis. Nesse diapasão, refere-se, principalmente ao positivismo hartiano. Embora a crítica tenha fundamento, devemos ter em vista que a teoria positivista desenvolvida por Hart teve papel limitado no âmbito continental (embora sua importância, mesmo para a tradição de *civil Law* venha sendo ampliada nos últimos tempos), o que acaba por mitigar os efeitos de tal crítica, principalmente no âmbito do estudo que nos propomos. Além disso, e esse parece ser um ponto forte em defesa de Bobbio, é discutível que essas versões *soft* possam, realmente, enquadrar-se em um quadro verdadeiramente positivista. Nesta direção, SERNA, Pedro. *El Inclusive Positivism ante la mirada del observador*. In: *El Positivism Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 492-495. Também em CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivism Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV, pág. 1410, vislumbra-se uma posição crítica. O autor, ao apontar que são muitas as manifestações e as variantes para a caracterização do positivismo jurídico, alega que os diferentes critérios para a distinção do mesmo por autores como Bobbio, Hart, Cattaneo, Pérez Luño, entre outros nem sempre levam a resultados clarificadores, o que acaba por nos conduzir, em um contexto de perplexidade e desorientação, à dificuldade de se obter o real significado de Positivismo Jurídico.

levamos em conta o fato de possuir a referida concepção jurídica tantas versões, inclusive algumas que se projetam no universo jurídico em momento posterior ao trabalho analítico desenvolvido por Bobbio²⁹⁴.

Neste sentido, cientes das dificuldades, tentar-se-á colmatar tais ausências apresentando não apenas as críticas, mas também complementações, de maneira a ampliar as possibilidades de análise (embora sem a pretensão de exauri-la, não só pela extensão do tema, mas também porque isso fugiria por completo aos objetivos propostos). Na verdade, nessa fase do trabalho tem-se a pretensão singela de apresentar, ainda que de forma sintética, algumas das mais importantes ideias desenvolvidas no interior do positivismo jurídico, a fim de auxiliar na demarcação de uma linha teórica de influência no espaço jurídico brasileiro, mas também estabelecer o marco referencial a que se dirigem os ataques das linhas pós-positivistas.

O objetivo, então, é tentar aproximar-se de um núcleo razoavelmente comum (sem que isso signifique estabelecer um núcleo essencial), típico e representativo, das ideias juspositivistas, como o passo fundamental, a fim de que possamos descobrir se há (ou não) uma verdadeira superação do modelo positivista como alicerce teórico do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Independentemente de não compartilharmos o entendimento de que possa um sistema jurídico genuína e completamente guiar-se de forma absolutamente imaculada por uma concepção teórica (no caso, o positivismo jurídico)²⁹⁵, a verdade é que não parece haver suspeitas por grande parte da comunidade jurídica brasileira de que qualquer teoria que possua a pretensão de exercer o papel de modelo teórico-jurídico hegemônico no Brasil, terá como tarefa primeira derrubar as bases que sustentam um positivismo jurídico que, mesmo em crise²⁹⁶, é ainda o modelo de referência.

²⁹⁴ Bobbio tem consciência desse problema. Isso se explicita em BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giurídico*. 3ª série. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 147 quando o autor afirma que quando se sustenta que uma certa doutrina é própria do positivismo jurídico, não se quer dizer que tenha sido sustentada por todos os pensadores que estão filiados a esta corrente.

²⁹⁵ Referimo-nos à posição defendida em SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico?*. 2ª ed. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1997, pág. 179, quando o autor estabelecia a possibilidade de receber a etiqueta positivista, não apenas a concepção teórica, mas também os próprios sistemas jurídicos, quando os mesmos seguiam a concepção positivista.

²⁹⁶ São muitos os autores que quando abordam o tema do positivismo jurídico, o fazem referindo-se à crise que o modelo enfrenta. Entre outros, LÓPEZ, Jesús Vega. *Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del derecho*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 968; MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismo e Iuspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 943.

2.3.1.1. A tríplice perspectiva de análise

Retomemos, então, nosso rumo de procurar estabelecer algumas características básicas do positivismo jurídico, utilizando-nos, para tanto, da clássica formulação bobbiana. Como foi dito anteriormente, esta análise, mesmo não estando isenta a críticas, tornou-se uma referência clássica entre os juristas e filósofos do Direito²⁹⁷ e possui todas as condições de ser, ainda, o ponto de partida para qualquer estudo acerca do positivismo jurídico, principalmente para aqueles que se situam um espaço de reflexão que circunda a tradição continental.

A referida análise observa o fenômeno de forma tripartida²⁹⁸, estabelecendo como linhas de investigação os seguintes aspectos do mesmo: como “modo de aproximação ao estudo do Direito”²⁹⁹; como teoria³⁰⁰, e; como ideologia³⁰¹. Assim, o enfrentamento da temática deve ser acompanhada da devida cautela, pois muitas das críticas desferidas por aqueles que se autodenominarão não-positivistas (ou mesmo pós-positivistas) referem-se, frequentemente, a apenas algum (ou alguns)

²⁹⁷ Utilizam-na como referência, mesmo que, eventualmente, de forma crítica, entre outros, Pérez Luño, Mauro Barberis, Luigi Ferrajoli, Eugenio Bulygin.

²⁹⁸ A tripartição é uma forma de tratar o tema sob várias perspectivas, mas há quem prefira propor um conceito unitário de positivismo jurídico. É o que foi feito em SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico?*. 2ª ed. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1997, págs. 77, quando o autor define o positivismo jurídico como a concepção e interpretação teórica e prática que vê e trata o direito como um sistema coercível, coerente e completo de normas, entendidas estas como atos de vontade predominantemente gerais e abstratas e identificáveis com independência de sua conformidade com a moral. De qualquer forma, vê-se nesta definição os elementos sublinhados por Bobbio.

²⁹⁹ Em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, pág. 37, o autor entende que se trata de uma análise no plano gnoseológico ou metodológico. Lembra o grande jurista espanhol que essa linha de análise prevalece nas versões jurídicas contemporâneas ligadas à filosofia analítica, ao neopositivismo (ou positivismo lógico). Já em SERNA, Pedro. *El Inclusive Positivism ante la mirada del observador*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 491, o autor denomina como “tese epistemológica”. Na mesma linha, BARBERIS, Mauro. *Filosofía del Diritto. Un' introduzione teorica*. 3ª ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, pág. 22. Vale ressaltar, no entanto, que Bobbio não considera que essa aproximação possa ser confundida com estudo do método, quando afirma: “*Per modo de avvicinarsi allo studio del diritto intendo qualcosa di diverso di 'metodo'*”. É o que pode-se constatar em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 87. Mas não deixa de ser interessante observar que ele próprio, em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, págs. 245-250, já nas conclusões gerais da obra faz referência ao “modo de aproximação do direito” como “método para o estudo do direito”.

³⁰⁰ Já este plano, para LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, págs. 37-38, trata-se de uma análise no plano ontológico ou da teoria do direito, sendo que essa linha de análise prevalece na versão da teoria pura kelseniana, como concepção de direito rigorosamente formalista (na sua vertente científica). Já em BARBERIS, Mauro. *Filosofía del Diritto. Un' introduzione teorica*. 3ª ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, pág. 20-21, o autor além de se utilizar da clássica denominação “positivismo teórico”, entende que pode o mesmo ser chamado de “formalismo jurídico”.

³⁰¹ Também aqui em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, págs. 37-38, o autor fornece outras pistas sobre a intenção de Bobbio, quando afirma tratar-se de um plano deontológico ou ético-político de análise. Segundo Luño, esta dimensão do positivismo jurídico prevaleceu nos juristas defensores dos sistemas jurídicos totalitários que sustentaram o dogma da obediência incondicional ao direito positivo e o culto acrítico à legalidade (entre outros, Rocco, Schmitt, Vychinski).

destes aspecto(s) do positivismo jurídico, mas não a todos eles³⁰², reconhecendo e adotando, por vezes, algumas de suas conquistas.

Ademais, o estudo a ser desenvolvido neste espaço tem objetivos específicos que se ligam à pré-compreensão de que um modelo cultural emergente não rompe abruptamente com as linhas que cooperam na formação de uma tradição. Daí nosso entendimento de que uma tradição jurídica que emerge a partir de um novo paradigma não se projeta em um ambiente social sem as cicatrizes geradas pelo bom combate travado com as tradições que a ela antecede.

No caso específico do sistema jurídico brasileiro contemporâneo, a emergência de uma nova concepção jurídica, como não poderia deixar de ser, vem sendo construída no contexto das objeções feitas ao positivismo jurídico, mesmo que, na linha do que temos afirmado até aqui, cada sistema jurídico, guarde características específicas. Porém, embora essas oposições tenham o propósito de superar (em maior ou menor grau) esta tradição, a verdade é que em processos de superação paradigmática não se deve somente acentuar as rupturas, mas também identificar as permanências.

Mesmo que o papel projetante das novas concepções jurídicas se fundamente em ideias (novas ou restauradas) melhor adequadas a uma realidade social em permanente mudança (o que, conforme vimos, é uma característica bastante valorizada pelas perspectivas jurídico-teóricas sócio-culturalistas brasileiras), a verdade é que estas, inevitavelmente, ancoram-se nas raízes de uma dada tradição. No caso do direito, em razão de suas essenciais pretensões em direção à estabilização das relações sociais, essas raízes, como não poderia deixar de ser, são buscadas no repositório histórico das tradições jurídicas de um país.

Como acima afirmado, faremos uma análise do positivismo jurídico observando-o sob três perspectivas (o viés metodológico ou modo de aproximação do estudo do direito, o viés teórico e o viés ideológico). Possivelmente o positivismo jurídico, dependendo dos objetivos visados pelo investigador, possa ser estudado sob outros ângulos, além destes três que estamos nos propondo, seguindo o consagrado modelo de análise de Bobbio. Porém, esta linha classificatória nos parece ser

³⁰² Nesse sentido, em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 87-88, é possível extrair uma importante conclusão: ao classificarmos um jurista como positivista em relação ao seu modo de considerar o direito não significa que seja ele positivista também em relação à teoria e à ideologia; da mesma forma, a individualização de um jurista como positivista jurídico em relação à teoria do direito, não significa que o mesmo o seja em relação à perspectiva ideológica. Por isso, a assunção de um dos aspectos não implica na automática assunção dos demais.

inafastável dos propósitos do trabalho, que é os de identificar algumas das principais ideias presentes no positivismo jurídico, principalmente no sentido de compará-las às posições neoconstitucionais. Começa-se, então, pela que consideramos como a mais central de todas, ou seja, a perspectiva metodológica.

2.3.1.1.1. O positivismo como modo de aproximação ao estudo do Direito – a perspectiva metodológica de análise

Essa é para muitos a perspectiva de análise mais determinante para identificar uma posição positivista - opinião da qual compartilhamos -, entendendo que esse é o ponto central em qualquer debate no qual o positivismo jurídico esteja sendo objeto de análise³⁰³. Neste primeiro aspecto, o positivismo jurídico é observado a partir da clara distinção entre direito como fato e direito como valor - ou como prefeririam discernir outros, a partir da diferenciação entre direito “como é” e “direito como deve ser”. Neste âmbito, há uma distinção fundamental a ser feita e que gera grande confusão entre os juristas, embora sem contradições de ordem teórica. Diz respeito ao fato de que, se para Bobbio o direito encontra-se no âmbito do “ser”, para Kelsen o direito está no âmbito do “dever ser”.³⁰⁴ Tratemos, de pronto desta questão, de forma a afastar possíveis incompreensões mais avante.

³⁰³ Ao que parece, o próprio Bobbio deixa transparecer essa posição quando afirma em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 247 que “L’affermazione che l’accettazione del método positivístico non comporta l’accettazione della teoria giuspositivística, e che l’accettazione del método e della teoria giuspositivísticos non comporta l’accettazione dell’ideologia giuspositivística non è però reversibile, in quanto al contrario, l’ideologia giuspositivística pressupone la teoria giuspositivística, e quest’ultima pressupone il método positivístico.” Assim, conclui-se que, se por um lado, é possível assumir o método positivístico sem assumir a teoria ou a ideologia positivista, por outro lado, não se pode assumir a teoria ou a ideologia sem, obrigatoriamente, se assumir o método. Também nos parece bastante lúcido a posição de CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.21-I, 1998, págs. 209-210, quando afirma que a teoria positivista do direito, principalmente o enfoque clássico (metodológico) kelseniano, sustenta que o único objeto da ciência do direito é o direito positivo, o que parece trazer como consequência para o autor, a associação do positivismo a duas teses centrais: a da separação entre direito, moral e política e a teoria das fontes sociais do direito. Aliás, nesse ponto, poderíamos claramente verificar uma aproximação do positivismo e das escolas naturalistas, o que justificaria, sob uma visão mais ampla, que nos dias atuais se considerem como positivistas doutrinadores que no passado estariam submetidos à classificação de naturalistas. Isso se explica pelo fato de que a classificação de “positivista” só era passível de ser recebida por aqueles que seguissem a tradição comteana.

³⁰⁴ Embora em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 88 fique claro que as diferentes denominações tratam do mesmo fenômeno, eis aqui um ponto em que parece caber razão à crítica presente em MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Positivismo Ideológico e Ideologia Positivista*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 460, quando o autor, corretamente, afirma que “sólo as medias” podemos encaixar a visão positivista kelseniana na visão desenvolvida por Bobbio acerca do positivismo jurídico. Como bem informado em VEGAS, Jesús Luis Castillo. *La crítica de Hans Kelsen al jusnaturalismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 77, em Kelsen a cisão entre “ser” e “dever ser” tem diversos significados. No caso, identificamos um desacordo entre Kelsen e Bobbio no que se refere

Em Bobbio (e boa parte dos juspositivistas de várias tendências), o jurista deve se ocupar do direito como fato (também por ele identificados como “direito real” ou ainda “direito como é”) ,³⁰⁵ já que o *approach* do jurista positivista é realizado de forma “científica”³⁰⁶, com pretensões descritivas e explicativas, mas não demonstrativas³⁰⁷. Entretanto, em Kelsen, o *dever ser* necessita ser compreendido em seu sentido objetivo, ou seja, como norma válida.³⁰⁸, afastando-se, portanto, de um “dever ser” moral ou axiológico, que é como Bobbio entenderia o *dever ser*.

Em síntese, a perspectiva metodológica de análise, ou seja, o modo de aproximar-se ao estudo do direito, seja levando em conta o direito *como é* (conforme sustenta Bobbio) ou como um *dever ser* objetivo” (conforme defende Kelsen), serve aos objetivos principais da teoria jurídica, que são o de elaborar um sistema ao direito vigente e de fornecer esquemas de decisões à jurisprudência³⁰⁹ sem levar em conta aspectos de justiça substantiva, nos termos em que esta era considerada por Radbruch, por exemplo.³¹⁰ Esse é o ponto fundamental para a análise metodológica, ou seja, a separação entre direito e moral. Assim, como ponto de aproximação comum aos dois cenários, temos a recusa de que na esfera da análise jurídica o conteúdo de

ao que se ocupa o jurista: ou “ser” ou “dever ser”. Enquanto para Bobbio o direito aparece com “ser” (já que é fato), para Kelsen há duas perspectivas de análise: a) quando se relaciona com o mundo dos valores (dever ser ético), realmente a linha de análise é em direção ao direito sendo “o que é”; todavia, b) quando a norma se refere à conduta real do indivíduo, ela aparece como “dever ser”, pois a conduta (o que é) do indivíduo nem sempre se ajusta ao previsto (o que deve ser). Nesta direção, o próprio Kelsen expõe explicitamente o problema em KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Cidade do México: Editora Nacional, 1979, pág. 26. No mesmo sentido, LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, pág. 38. De toda sorte, em MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editira, 1995, v. II, pág. 36, o grande filósofo do direito parece aclarar a discussão quando afirma que “a ideia de “dever-ser” pressupõe, por sua vez, a ideia de “valor” e “norma”.” Como podemos observar, enquanto a referência do dever ser bobbioano liga-se ao campo dos valores, Kelsen prefere, em uma outra perspectiva de análise tratá-lo na perspectiva normativa.

³⁰⁵ Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 87-88. No que se refere a terminologia “direito real” e “direito ideal”, preferimos colocá-las em segundo plano já que a mesma pode gerar confusões terminológicas, principalmente no que diz respeito à escola realista, a qual ainda teremos a oportunidade de tratar no decorrer do trabalho e que, embora tenha alguns pontos em comum com o sentido aqui expresso (como direito que é, ou como direito como fato), em uma perspectiva teórica, sistematiza outro campo do conhecimento jurídico, mais próximo à tradição anglo-saxã.

³⁰⁶ Neste sentido, apoia essa perspectiva de análise a posição de Max Weber, acerca da necessária ausência de valoração no âmbito da produção científica em WEBER, Max. *Il método delle scienze storico-sociali*. Milão: mondadori, 1980, págs. 309-375.

³⁰⁷ Segundo BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 88.

³⁰⁸ Conforme KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pág. 4, “Com o termo “norma” quer-se significar que algo deve ser ou acontecer”. Mais adiante, na pág. 8 da mesma obra explica Kelsen que “É sempre este o caso quando ao acto de vontade, cujo sentido subjectivo é um dever ser é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma “superior”, atribui a alguém competência (ou poder) para esse acto.”

³⁰⁹ Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 94.

³¹⁰ Esta posição está presente em RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, quando nesta obra surge a chamada, fórmula de Radbruch, que deixava patente que quando as normas jurídicas ultrapassam determinados limites de injustiça, perdem seu caráter de juridicidade, ou seja, sua validade.

justiça da norma seja objeto de avaliação pelo direito³¹¹. Isto conduz-nos à conclusão que tanto na perspectiva de análise de Bobbio, quanto na de Kelsen, é identificada uma relação antitética entre mundo real e o mundo dos valores.³¹²

Se o *dever ser* kelsiano aproxima-se do *ser* bobbiano, resta saber o que representa o *ser* na teoria elaborada por Kelsen. Para este, o universo do *ser* identifica-se mais claramente com as ações do indivíduo situado em um universo fenomênico, bem como este próprio universo, em si considerado. Isto porque, reiteramos, em Kelsen, o mundo do *dever ser* traduz uma conduta idealizada pelo legislador no âmbito normativo (e que pode não corresponder ao que ocorre no mundo real). Por isso, o objeto de estudo para os chamados positivistas lógico-normativos encontra-se exatamente neste *dever ser* normativo kelseniano³¹³, que é aquele que a norma prescreve.

Assim, o positivismo jurídico (seja empiricista³¹⁴, seja analítico) traz como consequência direta o desenvolvimento de uma forte oposição – expandida no decorrer da Modernidade - a uma visão finalística do Direito³¹⁵, ou seja, aquela que tem por característica sustentar a formação de juízos de valores sobre fatos naturais. Pelo contrário, seu objetivo é assumir uma orientação científica no que se refere ao estudo dos fatos morais. Estes estudos se dão por meio do uso de certas técnicas objetivantes que pressupõem uma neutralidade ética³¹⁶, percebida como uma abstenção de qualquer tomada de posição em relação à realidade observada³¹⁷.

³¹¹ Nessa linha, colocando sobre os mesmos trilhos lógico-positivistas e empiricistas, em BARBERIS, Mauro. *Filosofia del Diritto. Un' introduzione teorica*. 3ª ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, pág. 17, o autor afirma que o objeto da ciência jurídica não são os valores (o direito natural), mas os fatos (o direito positivo), ou mesmo as normas positivas produzidas pelo homem e reconhecidas como fatos.

³¹² Neste caso, trata-se do que em KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. (Org. KAUFMANN, A.; HASSMER, W.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 120, o autor classificaria como “positivismo empiricista”. Nessa linha positivista, próxima à análise de Bobbio, e que tem em Max Weber um dos seus expoentes, o *dever ser* não é o objeto de estudo pelo direito, já que, como afirmado em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporâneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, pág. 38, trata-se de um “*dever ser ético*”. Neste sentido, também, Albert Casalmiglia, em introdução à obra KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?*. Barcelon: Ariel, 2008, pág. 20, quando informa que para os positivistas, em especial Kelsen, “el problema de la justicia y de los valores es un pseudoproblema”, já que para esses não há e nem pode haver uma racionalização do tema dos valores.

³¹³ Em KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Cidade do México: Editora Nacional, 1979, pág. 26. Neste senso, o jurista explica que o “*dever ser*” é de natureza lógica e formal-normativa, não referenciando, então, o “*dever ser*” ético (ao qual se referem os positivistas empiricistas, cuja análise parece Bobbio aproveitar).

³¹⁴ Certamente os denominados “naturalistas” brasileiros estão inseridos nesta vertente.

³¹⁵ Nesse caso, segundo BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 89, podemos citar como exemplos de valores finalísticos o atingimento do bem comum, a atuação da justiça, a proteção dos direitos de liberdade, a promoção do bem-estar.

³¹⁶ Como bem informa SALDANHA, Nélson. *A filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos – Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. 1, Jan-Junho, 1986, pág. 100, “a aceitação da mensagem da “teoria pura” (exigência metodológica e visão normativista) coincidiu, no caso da maior parte dos que a acolheram, com a atitude da pretensa isenção científica correlata à tese do

Questão que emerge deste debate é a posição segundo a qual, não haveria por parte dos juristas positivistas uma recusa à possibilidade de existência de um direito ideal, ou natural, ou racional. O que se nega, em verdade, é a possibilidade de que esse tipo de direito tenha vigência e possa, por isso, ser levado em consideração no processo de determinação jurídica³¹⁸, já que é o direito (como fato para alguns e norma para outros³¹⁹) o objeto de uma investigação científica³²⁰. De qualquer forma, por esta perspectiva de análise pode-se definir como positivismo jurídico a teoria do direito em que se parta do pressuposto que o objeto da ciência jurídica é o direito positivo (o direito posto no mundo)³²¹, apartado, portanto, das análises valorativas³²². Pode-se, inclusive, ir além, ventilando-se a possibilidade de existirem posições que expressam que norma e realidade normada coexistem sem guardar nenhuma relação entre si³²³.

neutralismo, que foi do próprio Max Weber, e a que Kelsen deu uma nova formulação. Essa é, diga-se de passagem, uma posição bastante criticada, conforme teremos, mais a frente, a oportunidade de analisar. Em Em CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV, pág. 1425, tal posição é vista como francamente negativa, pois teria permitido um relativismo axiológico que converteria o direito em uma simples técnica nas mãos do Poder para fins manifestamente contrários à justiça e ao bem comum.

³¹⁷ Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 88 e 89. Segundo Bobbio, trata-se de uma neutralidade ética, mais conhecida pela fórmula weberiana do *Wertfreiheit*.

³¹⁸ Essa é uma posição bastante interessante encontrada em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 89. Todavia, uma melhor interpretação das palavras proferidas por este autor parece não colocar em causa a posição que entende ser o monismo uma característica típica do positivismo jurídico, tese defendida pela maior parte dos juristas positivistas. Entre os que enxergam essa posição monista no positivismo jurídico podemos apontar, entre outros, MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismo e Iuspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 946; LÓPEZ, Jesús Vega. *Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del derecho*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006; pág. 969 e seguintes.

³¹⁹ Conforme KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pág. 81, quando afirma que “Na afirmação evidente de que o objecto da ciência jurídica é o Direito está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objecto da ciência jurídica, e que a conduta humana so o é na medida em que seja determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou –por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.”

³²⁰ Em CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV, pág. 1424, é exatamente os preconceitos cientificistas que fez com que o direito se afastasse de uma concepção estrutural, de forma com que se perdesse o sentido prático e prudencial do conhecimento jurídico. Nesta via, o autor desfere crítica contundente contra o afastamento da filosofia do direito e sua substituição pela teoria geral do direito, o que teria levado a um corte dos laços naturais com a ética e a metafísica, empobrecendo o seu conteúdo.

³²¹ Com esta definição engloba-se tanto o positivismo empiricista, como o lógico-normativista.

³²² Não deixa de ser paradigmática dentro de uma perspectiva de análise positivista a posição defendida em KELSEN, Hans. *Qué es la Justicia?*. 5ª impressão. Barcelola: Ariel, 2008, págs. 35 e 36, neste tema, quando o autor afirma que a justiça é em primeiro lugar uma qualidade possível, mas não necessária de uma ordem social que regula as relações mútuas entre os homens. Ainda mais incisivo é a posição presente em FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología y Garantismo*. Mexico:Fontamara, 2004, pág. 271, quando afirma que o positivismo jurídico vem entendido, simplesmente como o modelo que reconhece como direito qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente de seu conteúdo, e portanto, sua eventual injustiça.

³²³ A partir de uma posição crítica a essa visão, é esta questão suscitada em MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Santander: Ediciones TGD, 2008, pág. 133, quando Müller lembra que é essa uma perspectiva kelseniana explicitada em KELSEN, Hans. *Was juristischer Positivismus?*. In: *Juristen Zeitung*, 1965, pág.465.

Questão que vem sendo objeto de intensos debates e alargado interesse no âmbito do direito, porém, é aquela defendida pelos chamados positivistas inclusivos. Apesar da tradicional posição de separação entre “direito que é” e “direito que deve ser” ter se tornado quase um lugar-comum nas falanges positivistas desde Bentham (por muitos reconhecido como um dos precursores do positivismo jurídico³²⁴), a verdade é que o chamado *inclusive legal positivism*, por nós conhecido como positivismo inclusivo (em oposição ao *exclusive legal positivism* ou positivismo exclusivo) parece não se aderir, de todo, a essa visão - até então considerada central nas linhas de análise positivista.

Assim, a perspectiva epistemológica defendida pelos positivistas inclusivos é a chamada “tese da separabilidade”³²⁵ em que sustentam que uma coisa é descrever e outra diversa é tomar partido. Nessa direção, não se identificam com a tese da descrição avaliativa³²⁶, já que os critérios de identificação das normas (seja no âmbito da existência e seja no âmbito do conteúdo) podem ser morais, contanto que dentro dos limites estabelecidos pela norma de reconhecimento. Por esta linha, afirmam os inclusivos, mesmo que não haja uma conexão necessária entre direito e moral, esta é, no entanto, possível.³²⁷

O problema, neste ponto, é que o Positivismo no âmbito das chamadas versões “*soft*”, no qual o Positivismo Inclusivo é uma das mais conhecidas formulações, não parece apresentar uma proposta teórica estabelecida como desenvolvimento natural do pensamento positivista. Esta tese é produzida a partir da

³²⁴ A tradição anglo-saxã dá a Jeremy Bentham um papel de destaque no pensamento positivista, mesmo reconhecendo que sua maior projeção deve-se às ideias utilitaristas. Em WACKS, Raymond. *Understanding Jurisprudence. Na Introduction to legal theory*. 2ª ed. Oxford: Oxford University 2009, pág. 81, o autor faz essa referência, insistindo na separação entre “*is*” e “*ought*” of law, reconhecendo neste ponto a marca do positivismo jurídico. Nesta esteira, SIMMONDS, Nigel. *Central Issues in Jurisprudence*. 3ª ed. Londres: Thomson, 2008, pág. 145 ou COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. *Legal Positivism*. In: *A Companion to Philosophy of law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishin, 2008, pág. 241.

³²⁵ Em COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. *Legal Positivism*. In: *A Companion to Philosophy of law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishin, 2008, pág. 241, o autor define essa posição com a famosa asserção: “*there is no necessary connecting between law and morality (the separability thesis)*”. A tese da separabilidade é considerada junto com a tese da concepção da discricionariedade judicialos principais pontos diferenciadores entre *inclusive legal positivism* e *exclusive legal positivism*, conforme observa SERNA, Pedro. *El Inclusive Positivism ante la mirada del observador*. In: *El Positivism Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 486. O tema vem também bem analisado em ALDAY, Rafael Escudero. *La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico yncluyente*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 89 e seguintes.

³²⁶ É a conclusão que encontra-se em VILLA, Vittorio. *Inclusive Legal Positivism e neo-giusnaturalism: lineamenti di una analisi comparativa*. In: *Revista Persona y Derecho*. Navarra: s/ed. 2000/2002, v. XLIII, págs 33-97.

³²⁷ Aliás, em seu *post scriptum* à obra H. L.A. Hart defende essa tese com energia quando, em resposta irigida a R. Dworkin, afirma que sua aceitação de que a regra de reconhecimento pode incorporar como critérios de validade jurídica a conformidade com princípios morais e valores substantivos, o que levaria a que sua disciplina pudesse ser chamada de “positivismo suave”.

tentativa de responder críticas externas ao positivismo, mais especificamente àquela posição que identificamos como “positivismo exclusivo”. Assim, parece que deva ser dada razão àqueles que entendem que o positivismo inclusivo é uma construção elaborada com o intuito de tentar compatibilizar os problemas advindos da falta de conformidade entre positivismo jurídico e alguns dos elementos presentes no Direito Constitucional contemporâneo, principalmente os que se originam a partir das críticas de Dworkin a algumas das concepções hartianas.

Não há bases, porém, para se afirmar que o Positivismo Inclusivo seja uma vertente destituída de fundamento teóricos sólidos. Pelo contrário, o fato de contar ela com adesões de juristas detentores de grande densidade intelectual, por si só afasta qualquer dúvida de que venha a ser ela uma tese ingênua ou destituída de base. Pelo contrário, concordamos com aqueles que a consideram uma teoria elegante, inclusive mais adequada do que o positivismo exclusivo, incorporando posições principiológicas e interpretativistas que o constitucionalismo contemporâneo já não pode abdicar. Todavia, esclareça-se, uma questão é considerá-la elegante e consistente; outra distinta é tê-la como a mais satisfatória dentre as que rivalizam neste debate.

Aliás, outro problema que ganha relevância, ao menos quanto ao cerne da discussão, é exatamente o de saber se o que se chama de positivismo inclusivo é, ainda, positivismo. Mesmo que saibamos que o conceito abarca grande extensão, a nossa natureza coisificadora e individualizadora tende a renegar uma abrangência conceitual que por vezes mais confunde do que auxilia. Se a conclusão é de que se trata, ainda, de positivismo, deve-se admitir que a abertura conceitual abriu-se a tal ponto que o próximo passo consequente será o de repensar a importância de se definir um conceito como o de positivismo jurídico, a partir de um rótulo que em nada delimitaria.

A tese epistemológica da separação necessária entre ser e dever ser foi sempre central na tradição positivista³²⁸, de forma que o que transparece ser aqui decisivo para sua defesa é menos a adesão a uma concepção que se considera verdadeira e precisa, e mais a necessidade de se preservar uma tradição, ou mesmo

³²⁸ Ou mesmo da tradição filosófica, em geral. Como afirmado em MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editira, 1995, v. II, pág. 35, ser e dever ser são ideias “que presidem a dois hemisfériso de tal mundo, igualmente caracterizadas por um máximo de “extensão” e um mínimo de compreensão”, acima das quais, para os dois lados, não é possível remontar mais longe para analisarmos ou decompormos outras”.

um nome (o que é menos aceitável).³²⁹ Por isso, mesmo que entendamos que o que se denomina como positivismo inclusivo é uma teoria de grande relevância e que algumas de suas linhas teóricas representem pontos incontornáveis no âmbito dos debates jurídicos contemporâneos, a verdade é que seu tremendo esforço em salvar o positivismo jurídico com a tese da conexão contingente entre direito e moral significa um alargamento extremado às tradições mais caras ao positivismo como concepção teórico-filosófica,³³⁰ estando tal tese mais afeita àqueles que entendem que o pós-positivismo é herdeiro do positivismo e, por isso, sua continuação³³¹.

Seja lá qual a forma (exclusivista ou inclusivista), não se pode afirmar uma tese que afirme a separabilidade entre direito e justiça seja recebida sem restrições no contexto jurídico brasileiro. Aqui, parece que as fortes raízes jusnaturalista, bem como boa parte das vertentes culturalistas (o tridimensionalismo à frente) tornam mais difícil a aceitação de linhas positivistas em sua versão metodológica. Sejam as posições jusnaturais, que recusam a validade da norma que não esteja adequado a um grau de justiça aceitável, sejam as posições culturalistas que entendem haver uma eticidade produzida socialmente (embora não transcendental ou metafísica, mas ainda assim, uma forma de justiça), a verdade é que a ideia de que não existe uma relação direta entre o direito produzido e a justiciabilidade que se espera deste, parece ter cada vez menos aceitação no campo jurídico brasileiro (e isso é aferível por meio de análise à produção doutrinária e à produção jurisprudencial).³³²

Em algumas tradições continentais a tese da separabilidade é naturalmente recebida, mesmo em tempos de fartura de direitos fundamentais, com toda a carga axiológica que daí, naturalmente, advém. No Brasil, porém, a expressão *dura lex sed lex*, embora bastante conhecida, não parece estar apta a constituir, por si só, argumento legitimador de uma decisão que viole fortemente o senso de justo (mesmo que em seu sentido destranscendentalizado). Essa afirmação não tem a

³²⁹ Concordando com a posição em SERNA, Pedro. *El Inclusive Positivism ante la mirada del observador*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 491.

³³⁰ Embora seja dotada de uma logicidade típica de um positivista a defesa em COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. *Legal Positivism*. In: *A Companion to Philosophy of law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishin, 2008, pág. 250, quando os autores afirmam que a ideia que princípios morais figuram como *standards* cegos somente quando identificados pela regra de reconhecimento. Ou seja, não seria a moralidade que tornam jurídicos os princípios, mas a submissão dos mesmos à regra de reconhecimento.

³³¹ É o caso de CALSAMIGLIA, Albert. "Postpositivism". In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I, 1998, pág. 218.

³³² A visão realiana acerca das dimensões do direito sintetiza duas fortes tradições do pensamento jurídico pátrio: o caráter sincrético das teorias jurídicas produzidas em nosso país, que parecem buscar a mistura de concepções heterogêneas e, no caminho do que acima já foi afirmado, a ideia de que a dimensão valor é uma das dimensões inafastável do direito. Eis aí seu grande mérito.

pretensão de desmerecer a perspectiva metodológica do positivismo jurídico, mas tão somente de afirmar que mesmo concepções positivistas empiricistas, cedo ou tarde, receberam ataques de todos os *fronts* não-positivistas, sinalizando a necessidade de retorno às raízes tradicionais do pensamento jurídico pátrio.

O respeito incondicional à lei (aqui entendida em seu sentido estrito, como instrumento veiculador de normas) independentemente de seu conteúdo possui uma aura de reconhecimento em alguns sistemas que entendemos não ter sido reproduzido em alta escala no Brasil. Embora em uma tradição jurídica sincrética como a brasileira, muitas características típicas “dos positivismos” (mais especificamente aquelas oriundas das vertentes normativista e empiricista) tenham contribuído enormemente para a construção e o aprimoramento do sistema, não parece que a tese da separabilidade, em específico, possa encontrar respaldo nas raízes históricas mais profundas do pensamento jurídico brasileiro.

2.3.1.1.2. O Positivismo Jurídico como teoria (ou o Formalismo Jurídico)

Por positivismo jurídico como teoria³³³ considera-se uma série de teorias e de doutrinas sustentadas a partir do Século XIX, principalmente por autores alemães, ingleses e franceses³³⁴. Sobre esse ponto específico entende Bobbio ser o positivismo jurídico em sua perspectiva teórica uma particular concepção de Direito que liga o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano (Estado) capaz de exercitar a coação. Trata-se, assim, de identificar o positivismo jurídico com uma teoria do direito que está intimamente relacionada ao monopólio estatal no processo de produção jurídica³³⁵. Em síntese, pode-se afirmar que, segundo o positivismo teórico, é factualmente verdadeiro que o direito vigente é um conjunto de regras de conduta que direta ou indiretamente são formuladas e feitas valer pelo Estado.³³⁶

³³³ Ou formalismo jurídico, conforme terminologia apresentada em BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, págs. 97 e seguintes, sendo que o autor bem identifica a proximidade das duas expressões (positivismo como teoria ou formalismo jurídico).

³³⁴ Entre os quais podemos citar: Savigny (Escola Histórica); Bentham e Austin (*General Jurisprudence*), e os exegetas franceses da Escola da Exegese.

³³⁵ Nesse ponto em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 90, o autor faz referência ao estudo desenvolvido por Eugen Ehrlich na obra *Die juristische Logik*, de 1918, apontando para o fato de ter o autor austríaco elaborado um estudo – mesmo que com o intuito de criticar o positivismo jurídico –, que, no parecer de Bobbio, pode ser considerado como o mais convincente e bem elaborado tratado sobre o positivismo como teoria. Neste trabalho, Ehrlich teria observado três princípios: a) toda decisão judiciária pressupõe sempre uma regra preexistente; b) essa regra preexistente é sempre posta pelo Estado; c) esse complexo de regras postas pelo Estado constitui uma unidade.

³³⁶ Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 95.

Entre as características estabelecidas pelos juristas como aquelas que definem o Positivismo Jurídico como teoria,³³⁷ podemos citar as seguintes:

a) A teoria da coatividade, como definição do direito em função da coação – sendo esta vista como um elemento essencial e típico do direito – correlaciona-se de forma evidente com a teoria da estatalidade³³⁸. Assim, por direito entender-se-ia um sistema de normas que se fazem valer pela força, ou como um sistema de normas no qual o conteúdo das mesmas regulamenta o uso da força em um dado grupo social³³⁹;

b) A defesa de uma concepção imperativa das normas, ou seja, o entendimento de que as normas jurídicas são estruturadas na forma de comandos, sendo que estes devem ser classificados com subdistinções (imperativos positivos e negativos³⁴⁰, autônomos ou heterônomos³⁴¹, pessoais ou impessoais³⁴², gerais e individuais, hipotéticos³⁴³, éticos ou técnicos, abstratos ou concretos, gerais ou individuais). Certamente que esta visão conecta-se estreitamente a uma concepção

³³⁷ Conforme BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 91 e BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, pág. 99 e seguintes.

³³⁸ Conforme informa do em BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. 3ª serie. Turim: Giappichelli, 1996, págs. 147-148. Na página 159 da mesma obra, Bobbio trata mais analiticamente dessa questão informando que é papel do direito emanado pelo Estado: a) quem deve usar a força; b) quando pode usar a força; c) como usar a força e, d) em que quantidade deve ser usada a força.

³³⁹ Em CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV, pág. 1421, o autor reforça essa característica do direito ao identificá-lo como “técnica de controle social baseado na coação estatal, independente de todo fim e valor.” Vê-se que nesta definição se assume a definição bobbeana da forma de aproximação ao direito, bem como a estatalidade e coatividade referentes a uma perspectiva teórica do direito. Todavia, como afirmamos anteriormente, o positivismo jurídico em sua versão teórica coincide com o que se chama de formalismo jurídico (aqui, inclusive deve-se chamar a atenção para o fato de que não estamos nos referindo ao formalismo interpretativo ou o formalismo ético, distinções bem traçadas em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 64 e seguintes, mas também em BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, págs. 97 e seguintes). Porém, como bem lembra BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, pág. 100, a tese da coatividade do direito é defendida tanto por formalistas como Kelsen, quanto por anti-formalistas como Ross, o que acaba por dificultar a distinção rigorosa entre formalismo e anti-formalismo.

³⁴⁰ Da célebre polêmica entre Thomasius e Leibniz parece não haver dúvidas acerca do acolhimento da visão deste último no sentido de que é o direito também um imperativo positivo, ou seja, com obrigações positivas.

³⁴¹ Embora alguns autores possam entender, de forma simplificada, que todo imperativo jurídico seja heterônimo, mais frente poderemos analisar, a partir da teoria hebermasiana, que há, também e necessariamente em um Estado democrático de direito que ser considerado a adesão interna do indivíduo ao conteúdo normativo. Parece que já Bobbio apontava para essa possibilidade em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, págs. 194-195. De toda forma, voltaremos a esse ponto para tratar de legitimidade do sistema.

³⁴² Embora para alguns estudiosos o imperativo seja sempre impessoal, já que não se deveria imputar a norma a uma única pessoa especificamente individualizada, a verdade é que mesmo no Estado democrático existem normas pessoais. Conforme BOBBIO, Norberto. *Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 195.

³⁴³ Certamente que a norma jurídica, seguindo a clássica distinção kantiana só pode ser compreendida como um imperativo hipotético e não categórico. O vienense é claramente um adepto da Escola de Marburgo e, nesta linha, trará da perspectiva kantiana a visão que na perspectiva jurídica leva a uma posição positivista, em contrariedade àqueles que, aderindo aos princípios da Escola de Baden, enxergam a norma jurídica a partir de um filtro imposto pelo imperativo categórico.

estatal-legalista que considera o estado como única fonte do direito³⁴⁴, mas também com a tese da coatividade do direito³⁴⁵;

c) No que se refere às fontes³⁴⁶ do direito, a defesa da supremacia da lei (elaborada pelo Estado) sobre as demais fontes³⁴⁷, sendo que este é um problema que se liga fundamentalmente à questão da validade normativa³⁴⁸ (pertencimento ou não ao sistema jurídico)³⁴⁹;

d) No que diz respeito ao ordenamento jurídico como um conjunto sistêmico em sua perspectiva mais complexa, ressalta duas características de grande importância para a discussão teórica do direito como unidade: o caráter de completude (ou ausência de lacunas)³⁵⁰, bem como o da coerência (ou ausência de antinomias)³⁵¹.

e) No que se refere ao método da ciência jurídica e da interpretação, temos uma visão da atividade do jurista e do juiz, como uma atividade predominantemente lógico-racional,³⁵² e não criativa³⁵³. Nesta linha, a jurisprudência

³⁴⁴ Como afirmado em BOBBIO, Norberto. *Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 185.

³⁴⁵ Em BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, pág. 100;

³⁴⁶ Bobbio entende como fontes do direito como aqueles fatos ou atos ao qual um determinado ordenamento jurídico atribui a idoneidade (referente aos fatos) ou capacidade (referente aos atos) de produzir normas jurídicas. É o que encontramos em BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. 3ª série. Turim: Giappichelli, 1996, págs. 163-164.

³⁴⁷ Segundo BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 91, o direito consuetudinário, o direito científico, o direito judiciário, o direito derivado da natureza das coisas, são reduzidas a fontes subordinadas ou aparentes. Conforme CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV, pág. 1422, nesta direção, entende que o positivismo jurídico sustenta que o ordenamento limita-se às fontes positivas.

³⁴⁸ Essa é uma questão que será estudada de forma mais aprofundada, mais adiante, e que finaliza por definir o direito. Em Kelsen, como bem lembrado em BARZOTTO, Luís Fernando. *Positivismo Jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 645, o direito é definido como um sistema de normas válidas que dizem respeito ao uso da coerção em uma sociedade, sendo a validade um conceito que permite ao jurista estabelecer quais as normas pertencem ao sistema jurídico e quais são aquelas (que a bem da verdade nem deveriam ser chamadas de "normas") não pertencem.

³⁴⁹ Em BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. 3ª série. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 164.

³⁵⁰ Em BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, págs. 100 e 101, o autor lembra que a tese da completude liga-se também ao formalismo interpretativo, já que objetivam ambos excluir a criação judicial no direito, conforme se verá no próximo ponto.

³⁵¹ Utilizando o auxílio de alguns clássicos como Carnelutti e Savigny, Bobbio define a incoerência do sistema como aquela situação em que uma norma é incompatível com a outra, ou seja, há uma norma a mais; já a incompletude exprime-se por haver uma norma a menos no sistema. Em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 209. Evidentemente, sendo uma das tarefas da teoria estabelecer critérios para eliminar as antinomias bem como as lacunas do sistema, a solução dada pelo positivismo jurídico é grandemente criticada, sendo este um ponto nuclear crise e decadência do positivismo jurídico, como teremos a oportunidade de analisar, um pouco mais adiante.

³⁵² Neste ponto, bastante criticado nos dias de hoje, o próprio Bobbio concorda que se fosse entendido por positivismo jurídico unicamente a codificação e a teoria da interpretação mecânica da lei estariam com a razão aqueles que criticam o positivismo em sua perspectiva teórica. Porém, lembra que do tempo do fetichismo legislativo "*molta acqua é passata sotto i ponti*", sendo que ninguém mais crê no juiz autômato. É o que se extrai em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 106.

não produz o direito, mas o reproduz, de forma que para o positivismo jurídico a função da jurisprudência não é a de criação, mas a de interpretação do direito, pelos métodos lexical, teleológico, sistemático, e histórico.³⁵⁴

f) Outra característica fundamental diz respeito à concepção formalista do direito³⁵⁵, o chamado formalismo científico, como ciência construtiva e dedutiva do direito, ao qual costumamos chamar também por “dogmática jurídica”. A dogmática jurídica consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do sistema jurídico e, por esta razão, não submetidos a revisões ou a discussões.³⁵⁶ No âmbito da interpretação dá-se a absoluta prevalência da forma, ou seja, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas - em detrimento da realidade social que se encontra por trás dessas formas - que, segundo os adversários do positivismo jurídico, devem guiar o juiz em sua atividade interpretativa³⁵⁷.

Muitos positivistas que acolhem aquela primeira proposição estudada (a separação fundamental entre fato e valor), recusam, porém, algumas das teses referente ao positivismo na perspectiva teórica. Aliás, mesmo Bobbio não dá o mesmo grau de importância a todas as teorias. Afirma ele que se as três primeiras teses (coativa, legislativa e imperativa) constituem as pilastras da perspectiva teórica, as outras três (teoria da coerência do ordenamento jurídico, teoria da completude do ordenamento jurídico e teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito) possuem uma importância meramente secundária.³⁵⁸

Abre-se a partir desta evidente hierarquização aquilo que Bobbio chamará de “teoria do direito *in senso stretto* e a teoria do direito *in senso largo*, considerando a possibilidade de vir a ser reconhecida somente as três teorias

³⁵³ Essa será uma questão central no presente trabalho já que, conforme afirmado em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 219, nas atividades referentes ao direito podemos distinguir dois momentos: o momento criativo e o momento teórico ou cognoscitivo. O primeiro momento encontra sua manifestação mais típica na legislação, sendo o segundo na ciência jurídica.

³⁵⁴ Em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 209, págs. 219-223.

³⁵⁵ Em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, págs. 64-83, o próprio jurista reconhece quatro sentidos para o termo formalismo jurídico. Em um primeiro sentido, como concepção legalista da justiça (legalismo); em um segundo sentido, como teoria normativa do direito (ou normativismo); em uma terceira visão, como concepção da ciência jurídica em uma perspectiva dogmática; e, por último, a partir de uma interpretação formal do direito. No caso em pauta, o positivismo como teoria, trata destas três últimas, deixando de fora tão somente o formalismo ético, mais correlacionado às questões suscitadas nas perspectivas metodológica e ideológica de análise do positivismo.

³⁵⁶ Em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 229.

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 229-230.

³⁵⁸ Em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 250.

(somente primárias) ou mesmo as seis teorias (primárias e secundárias).³⁵⁹ Como se pode ver, é possível até mesmo apoiar, mesmo que de forma parcial, as teses do positivismo em seu aspecto teórico e, ainda assim, ter reconhecida essa adesão. Aliás, ressalte-se que para Bobbio, aquele que adere às teses do positivismo teórico, obrigatoriamente filia-se àqueles que reconhecem o positivismo como método (forma de aproximação ao direito), mas não necessariamente vincula-se ao positivismo ideológico.³⁶⁰

Entendemos, porém, que pode uma visão não-positivista adotar teoricamente alguns destes pontos fundamentais (e nos referimos àqueles que Bobbio considera os mais importantes, ou seja, os três primeiros apresentados). A adesão a algumas das teses do positivismo teórico não obriga a filiação ao positivismo como método. Pode-se aderir à teoria da coatividade, a uma concepção imperativa das normas, à teoria que fundamenta a validade normativa pela adequação da norma inferior aos ditames formais e materiais estabelecidos pela norma superior e, ainda assim, estar-se diante de um quadro não-positivista sob a perspectiva metodológica de análise. Essas seriam heranças que o positivismo jurídico pode legar para o desenvolvimento de outras escolas do pensamento jurídico, independentemente se direito e justiça estão ou não imbricados.

Por último, vale a pena observar uma questão que Bobbio apresenta e que parece atualíssima nos núcleos neopositivistas, ou seja: é possível que por positivismo jurídico tenhamos uma teoria bastante alargada, que vem mudando (ou vá mudar) radicalmente as ideias sobre a interpretação jurídica e sobre a obra da ciência do Direito. Bobbio, assim, reconhece a necessidade de se “restaurar o interior”, embora preservando a fachada, o corpo e a destinação do edifício³⁶¹. É uma bela metáfora em defesa ao positivismo jurídico.³⁶² A posição expressa pelo grande teórico é já uma forma de defesa aos ataques que sofrerão, de todos os lados, os alicerces positivistas. Mas, se entendamos que se boa parte das ideias mais caras ao positivismo devam ser recusadas, é possível imaginar algumas permanências teóricas que apontem para a existência de um legado positivista que possa ultrapassar os muros rígidos de suas próprias concepções.

³⁵⁹ Bobbio acata a teoria do positivismo teórico em senso largo, ou seja, apenas as teorias que considera primárias. É o que está estabelecido em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 250.

³⁶⁰ Conforme BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 247.

³⁶¹ Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 106.

³⁶² Não deixa de ser interessante a possível conexão que encontramos nesta linha de defesa que Bobbio promove ao positivismo jurídico, já que há diversos autores que enxergam, em algumas novas doutrinas, nada mais do que uma renovação do seio do positivismo jurídico.

2.3.1.1.3. O positivismo jurídico como ideologia

Dentre as três linhas de análise, essa é, sem dúvida, a mais controvertidas no processo de identificação de uma posição positivista³⁶³, sendo sua versão *latissimo sensu* a que encontra nas palavras de Creonte de Sófocles sua expressão mais célebre. Se o positivismo “como teoria” é expressão do comportamento puramente cognoscitivo que o homem assume diante de certa realidade, de forma a estabelecer um complexo de juízos de fatos que têm o objetivo de informar³⁶⁴ sobre essa realidade, a ideologia, por sua vez, seria a expressão do comportamento valorativo que o homem assume diante da mesma realidade. Acabaria, por esta razão, configurando-se em um complexo de juízos (certamente valorativos) que, assumido por quem lhe formulou, tem o objetivo de “influir” sobre a realidade.³⁶⁵

Como “ideologia”, o positivismo jurídico representa a crença na existência de um valor positivo, independentemente de toda consideração acerca de sua correspondência com o direito ideal. Essa posição vem fundamentada, frequentemente, por meio de dois tipos de argumentos³⁶⁶. São eles:

a) O direito positivo é justo, exatamente pelo fato de ser positivo - ou seja, de ser emanado por uma vontade dominante – e, nesse sentido, o critério para julgar a justiça ou injustiça da norma acaba por coincidir perfeitamente com aquele que vem empregado para julgar a validade ou invalidade normativa.

b) O direito - como conjunto de regras impostas pelo poder que detém o monopólio da força em uma determinada sociedade – serve, com sua própria existência, independentemente do valor moral de suas regras, para atingir certos fins desejáveis, como a ordem, a paz, a certeza e, em geral, a justiça legal.

³⁶³ O próprio Bobbio reconhece a ampla disputa que se dá em torno dessa questão conforme se verifica em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 96.

³⁶⁴ Por isso, como forma de aproximação do direito, a ambição do positivismo jurídico é de assumir um comportamento neutral, estudando o direito como é (como teoria e não como ideologia). É o que se afirma em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 234.

³⁶⁵ Conforme BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 233-235, esta distinção entre teoria e ideologia é importante já que nos auxilia a compreender em que espaço se situam algumas das críticas antipositivistas. Se por um lado os aspectos teóricos juspositivistas são criticados pela corrente do realismo jurídico, por outro lado, é o aspecto ideológico que é mais criticado pelos jusnaturalistas. Como teremos a oportunidade de ver um pouco mais a frente, as duas posições serão objeto de crítica forte pelos neoconstitucionalistas.

³⁶⁶ Conforme em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 92.

De ambas as posições advém, como natural consequência, que as normas jurídicas devem ser obedecidas por si próprias, enquanto tais³⁶⁷. Em outras palavras, a obediência às normas jurídicas não é somente um dever em face ao direito, mas é, também, um dever moral - entendendo-se este no sentido kantiano, isso é, como uma obrigação que se dá por respeito à lei interna, em contraposição àquela externa, que se dá meramente por temor à sanção³⁶⁸. Obviamente, que se assim se dá, para tanto há uma justificação.

Em sua verve sistematizadora, Bobbio apresenta quatro as justificações³⁶⁹, sendo que cada uma delas fundada em uma específica concepção de justiça:

- a) Concepção cética ou realística da justiça, que expressa à vontade do mais forte, o qual busca seu próprio interesse³⁷⁰;
- b) Concepção convencional da justiça, que expressa que a justiça é o que os homens acordam, o que nos leva à conclusão que provém de uma perspectiva do relativismo ético³⁷¹;
- c) Concepção sagrada da autoridade, que expressa que o poder de comandar se funda no carisma, ou seja, sobre uma investidura sagrada, divina. Essa é uma das três categorias de fundamentação do exercício do poder estabelecida por Max Weber³⁷²;

³⁶⁷ Esse é um traço reforçado em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 95, quando o jurista italiano afirma que “*Il diritto, per il modo con cui è posto e fatto valere, o per il fine cui serve, qualunque sia il suo contenuto, ha di per se stesso un valore positivo., e si deve prestare obbedienza incondizionata alle sue prescrizioni*”.

³⁶⁸ A clássica distinção kantiana no campo da ética entre imperativo categórico e imperativo hipotético. (Em KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madri: Ediciones Encuentro, 2003, págs. 48 e seguintes. Porém, aqui, neste sentido, não há uma ação estritamente coercitiva pelo Estado, pois a convicção por parte do cidadão conferiria à lei a legitimidade tão desejada por todo sistema jurídico. Esse tema será aprofundado mais adiante.

³⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, págs.

³⁷⁰ Caminhando em direção à posição apresentada por Cálicles (PLATÃO, *Górgias*, 482-483, mais especificamente no 483d) e Trasímaco (PLATÃO, *República*, Livro I, 338c)

³⁷¹ Referimo-nos à relatividade ética em seu conceito mais amplo, que é o exposto em MAGNI, Sergio Filippo. *Il relativismo etico. Analisi e teorie nel pensiero contemporaneo*. Bolonha: Il Mulino, 2010, pág. 61, quando afirma que o relativismo ético sustenta a relatividade das propriedades éticas, exemplificando estas últimas por bondade, justiça, dever, virtude. Em senso muito genérico, afirma o autor, o relativismo ético sustenta que as propriedades a que estes conceitos (bondade, justiça, etc.) referem-se não são absolutos, mas relativos a qualquer outro fator (um sistema moral, um indivíduo, uma sociedade, uma cultura), variando em relação a esses.

³⁷² Em WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I, págs. 174-175, o autor assevera que “O princípio carismático de legitimidade, interpretado em seu sentido original como autoritário, pode ser reinterpretado como antiautoritário, pois a vigência efetiva da autoridade carismática repousa, na realidade, inteiramente sobre o reconhecimento dos dominados –condicionado por “ratificação” –, que, no entanto, constitui um dever para com a pessoa carismaticamente qualificada e por isso legitimada.

d.1) Concepção do Estado ético (versão extremista ou forte) – que parte do pressuposto que, sendo a lei a manifestação da vontade do Estado ético (em Hegel a eticidade se realiza no Estado³⁷³), há sempre na mesma um valor ético³⁷⁴ que requer uma incondicionada obediência por parte dos súditos. Neste sentido, o direito é sempre justo, independentemente de seu conteúdo, o que implica no fato de ser um “valor final”.

d.2) Concepção do Estado ético (versão moderada ou fraca) – também nesta versão a o direito tem um valor enquanto tal, independentemente de seu conteúdo, mas não porque seja sempre justo, mas porque é o meio (não um fim, como na versão forte, mas sim um instrumento) necessário para a realização de certo valor, mais precisamente, a ordem³⁷⁵.

Quando se analisa o juspositivismo em sua perspectiva teórica (conforme visto acima), observa-se que não há no mesmo, necessariamente, uma avaliação positiva dos dados ali expostos, pois sua função principal é descritiva, e somente indiretamente, prescritiva. Mesmo que a lei seja a fonte principal do direito, isso não significa que a mesma enuncie um juízo de valor, mas apenas que retrata a situação real.³⁷⁶ No entanto, a passagem do que chamamos de “teoria positivista” para o que estamos chamando por “ideologia positivista” refere-se a um movimento no qual da mera constatação de um fato passa-se a observar o fenômeno de forma valorativa. Nesse sentido, o sistema vigente não é mais somente (objetivamente) descrito e interpretado, mas a este processo se acrescenta uma valoração³⁷⁷.

³⁷³ Em HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pág. 216: “O Estado é a realidade em ato da Ideia moral objetiva, o Espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesmo, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe. No costume tem o Estado a sua existência imediata, na consciência de si, no saber e na atividade do indivíduo, tem sua existência mediata, enquanto tem o indivíduo obtém sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto de sua atividade.” Essa é uma concepção que se desenvolve de forma mais intensa pela chamada direita hegeliana.

³⁷⁴ Embora a leitura do que venha a ser Estado Ético em Hegel, segundo alguns, faz com que o relacionem ao surgimento do nazismo. Conforme, BARBERIS, Mauro. *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004, pág. 66.

³⁷⁵ Importante ressaltar que para o o positivismo ético moderado não apenas considera que seja o direito é o meio necessário para realizar a ordem, mas defende a tese de ser a lei a forma mais perfeita de explicitação do direito, pois presente dois requisitos fundamentais em sua estrutura: generalidade e abstração. Nesta direção, BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 243.

³⁷⁶ Segundo BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 93, afirmar que o juiz tem um poder declarativo e não criativo não significa sustentar que seja esta a melhor solução para a produção do direito, mas sim que retrata a situação real. Esta solução resulta do sistema efetivamente vigente, fundado, por exemplo, na separação de poderes e na regra positiva preexistente e não produzida pelo juiz. Parece-nos que essa percepção é um ponto central na separação entre correntes positivistas e correntes neoconstitucionais, como teremos a oportunidade de observar.

³⁷⁷ É o que se afirma em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 93. Por isso, essa passagem - conforme observa Bobbio³⁷⁷ -, é a transformação do positivismo jurídico da teoria do direito em teoria da justiça, sendo esta uma teoria que pretende não mais indicar aquilo que é o direito no plano dos fatos, mas de recomendar, no plano dos valores, o que é justo.

Há quem considere, porém, que no âmbito do positivismo ideológico se possa vislumbrar uma relação de grande proximidade com o estatalismo. Neste sentido, seria o Estado o supremo portador dos valores do bem e do mal, o que tornaria a posição dos positivistas ideológicos (ao menos nesse senso) insustentável³⁷⁸. Todavia, caso a identificação do positivismo ideológico, por outro lado, acentue a defesa de valores como legalidade, ordem, certeza, paz³⁷⁹ - seguindo aquela concepção do Estado ético em sua versão moderada - poder-se-ia relacioná-lo claramente a um projeto democrático de Estado³⁸⁰, embora não necessária, ou mesmo provavelmente, já que o seguimento à mera forma não caracteriza um estado democrático em suas vertentes substancializadas.

2.3.1.2 Os pontos definidores do positivismo jurídico – uma síntese

Assim, em síntese, foram nove (ou dez - como o próprio Bobbio apontaria -, caso analisemos separadamente a teoria da coerência e a teoria da completude em um sistema jurídico) os pontos fundamentais caracterizadores da doutrina juspositivista, segundo o que foi anteriormente analisado. Podemos, é verdade, subdividi-los em três linhas de análise, seguindo a lição de Bobbio.

Em uma primeira linha (1), analisando o positivismo como método, ou como forma de aproximação ao direito, o objeto de estudo pode tomar dois rumos : o *ser* e não o *dever ser* (valorativo) ou o *dever ser* (normativo) se tomarmos por referência a perspectiva kelseniana de análise. No âmbito do sistema jurídico brasileiro, deve ser ressaltada a maior influência que o positivismo de cariz sociológico teve no decorrer da história de formação do pensamento jurídico contemporâneo brasileiro, o que nos leva a crer que, entre nós, o objeto de estudo do positivismo foi mais percebido como o do *ser* do que como o do *dever ser*.

³⁷⁸ O próprio Bobbio entende que se por positivismo ideológico se possa chegar à defesa desta visão, teriam razão seus adversários. Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 105. Em ULYGIN, Eugenio. *Il Positivismo Giuridico*. Milão: Giuffrè, 2007, págs. 21 e 22 o autor faz conexão entre essa ideologia de respeito irrestrito à lei “*con l'avvento dei regime totalitari in Russia, Italia, Portogallo, Germania, Spagna negli anni '20 e '30 del secolo scorso*.”

³⁷⁹ Neste ponto a fala de Bobbio parece extremamente atual, principalmente quando afirma que estes valores não são únicos e, por isso, podem conflitar com outros valores, o que levaria a que fossem considerados relativos, refutando-lhes a possibilidade de absolutização. Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 105.

³⁸⁰ Em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 105-106, o jurista italiano afirma que não chegaria ao ponto de afirmar que o positivismo jurídico seja a mais compatível doutrina com a concepção democrática de Estado, já que a relação entre Estado democrático e positivismo jurídico é mutável no tempo. Todavia não vê como possa ser lançado um anátema sobre o positivismo jurídico em nome da democracia, lembrando, inclusive, da relação forte que existe entre o positivismo kelseniano e a concepção democrática.

A estas teses juntamos outras duas, que parecem ser variantes desta primeira supracitada, na linha de análise do positivismo jurídico como forma de aproximação ao direito (metodológica), mas que dada sua importância e relevância podem ser citadas autonomamente, como forma de dar ao tema o acento que merece. Iniciemos por aquela que defende o não reconhecimento da existência de um direito natural, de forma a assumir uma tese monista em detrimento da tese dualista defendida pelos jusnaturalistas.³⁸¹ Essa posição (não reconhecimento) parece nos colocar diante de duas conclusões importantes. A primeira, como consequência inevitável: a total recusa por parte dos positivistas às ideias jusnaturalistas³⁸² (linha 2). Esse é, aliás, um dos poucos pontos que não geram alterações dentro das fileiras positivistas, ou seja, o reconhecimento de ser o jusnaturalismo e suas ideias³⁸³ os adversários a serem combatidos.

Como segundo ponto, o caráter monista³⁸⁴ reivindicado pelas posições positivistas, ou seja, a existência de um único direito, o direito positivo, em evidente oposição ao caráter dualista do Jusnaturalismo. Enquanto o Jusnaturalismo afirma a superioridade do direito natural sobre o direito positivo (embora reconhecendo-o), o Positivismo Jurídico não afirma, por sua vez, a superioridade do direito positivo, mas sua exclusividade.³⁸⁵ Nesta direção, o Positivismo, em sua vertente jurídica,

³⁸¹ Segundo MUÑOZ, Francisco Puy. *Jusnaturalismo e Juspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 946, essa seria a mais geral das características, pois é um ponto comum a todos os positivistas, independentemente de sua corrente. Nesta direção também, entre outros, BARZOTTO, Luís Fernando. *Positivismo Jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 643.

³⁸² Como bem acentuado em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 109 e 110, o jusnaturalismo afirma a superioridade do direito natural sobre o direito positivo, sendo que a mesma pode ser sustentada, *grossa modo*, em três formas típicas: a forma escolástica (o direito natural como um conjunto de princípios éticos generalíssimos, que inspiram o legislador no ato de produção de normas de direito positivo); a forma racionalista moderna (o direito natural é um conjunto de *dictamina rectae rationis* que fornecem a matéria da regulamentação, enquanto o direito positivo é um conjunto de expediente prático-político que determinam quais as instituições e organizações de um poder coativo); a forma hobbesiana (neste caso o direito natural é o fundamento ou sustentação de todo o ordenamento jurídico positivo, ou seja, de conferir legitimidade ao poder do legislador humano prescrevendo aos súditos o dever de obediência).

³⁸³ Segundo MUÑOZ, Francisco Puy. *Jusnaturalismo e Juspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 946, “Es el o postulado principal. Tanto lo es, que mi maestro Agustín de Asís (1930-1984) denominaba “positivismo jurídico” a toda doctrina que negara el Derecho Natural, por el mero hecho de negarlo, en la convicción de que éste era el único común denominador de todos los iuspositivismos.” Esse é um ponto importante a ser assinalado, pois na direção do afirmado em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madri: Editorial Tébar, 2007, pág. 37, as baterias do Positivismo Jurídico abrem-se contra as teorias jusnaturalistas do Direito, relegando-as ao âmbito das exigências morais, das conveções sociais ou das ideologias políticas.

³⁸⁴ Conforme LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madri: Editorial Tébar, 2007, pág. 37.

³⁸⁵ Conforme BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 107 e 108.

definitivamente, desconhece a existência de uma instância extrapositiva que possa influenciar a validade do direito, concebida a partir de princípios de justiça³⁸⁶.

Por último, a linha (3) que é aquela que defende que a doutrina jurídica deve promover uma teoria da lei positiva, sem expressar uma teoria de justiça³⁸⁷; e separando as esferas do direito e da moral.³⁸⁸ Aliás, recusa, também, a possibilidade de que política, economia e outros campos extrajurídicos sejam tomados como referência no âmbito da juridicidade. Porém, esse é um tema que teremos que buscar maior aprofundamento no decorrer do trabalho, principalmente quando tratarmos das correntes mais contemporâneas, principalmente as chamadas “neoconstitucionalistas”, no âmbito de uma posição pós-positivistas.

Já em uma análise que leva em conta o positivismo “como teoria”, conforme vimos, seriam cinco (ou melhor, seis) as linhas teóricas, a saber: linha (4) coativa do direito; linha (5) legislativa do direito; linha (6) imperativa do direito; linha (7) da coerência do ordenamento jurídico; linha (8) da completude do ordenamento jurídico e, por fim, linha (9) da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

Já no que se refere à análise do positivismo como ideologia, temos a décima linha (10), a saber: a concepção que o positivismo jurídico representa a crença na existência de um valor positivo, independentemente de toda consideração acerca de sua correspondência com o direito ideal ou uma justiça material.

Essas são, de fato, algumas das ideias-chave que definem o positivismo do Século XX³⁸⁹, e que formam o substrato teórico que será, em parte, recepcionado

Essa parece ser também a leitura de Bobbio em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 89. Embora o autor afirme que “*Il giurista che se professa positivista, non nega in genere che esista un diritto ideale, naturale, razionale . nega semplicemente che sai diritto alla stessa stregua del diritto positivo, lasciando intendere che proprio il carattere che lo distingue dal diritto positivo, il fatto cioè di non essere vigente , è quello che esclude l'interesse a farne un oggetto di ricerca scientifica*”, uma leitura mais acurada levá-nos à sua real intenção que é a de preservar o direito natural do ponto de vista filosófico, mas negar-lhe qualquer atuação no campo da vigência, ou seja, no campo estrito da juridicidade positiva.

³⁸⁷ Neste sentido, MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismo e Iuspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 946; CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, pág. 46.

³⁸⁸ Esse, certamente, um dos mais famosos pontos de caracterização das teses positivistas, citadas por todos os estudiosos sobre o tema. Nesse sentido, como bem afirma CALSAMIGLIA, Albert. “*Postpositivism*”. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I, 1998, pág. 209, as duas mais importantes teses do positivismo conceitual são a tese das fontes sociais do direito e a não conexão necessária entre direito e moral.

³⁸⁹ Embora em breve artigo situado em COMANDUCCI, Paolo. *Uma defesa do positivismo metodológico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 340-341, o autor apresenta um núcleo comum muito interessante de doutrinas sustentadas pelos diversos positivismos até a metade do Século XX: o positivismo ontológico (o único direito existente é o positivo); o Estadocentrismo (o direito

e, em parte, rejeitado de forma contundente pelas novas gerações de juristas brasileiros. Os pressupostos juspositivistas cumprem um papel essencial e central – como ponto de partida e de referência - na discussão acerca do processo de reordenação teórica do direito brasileiro, fundamentalmente no processo de reorganização do mesmo a partir da necessidade de assunção de um novo paradigma teórico no Brasil que, não apenas traduza os processos de efetivas transformações sócio-políticas que explicitam uma nova forma de exteriorização do poder, mas que, concomitantemente, reflita institucionalmente o papel de centralidade que exerce a constituição em toda a ordem jurídico-política.

Assim, demarcados os âmbitos metodológicos, teóricos e ideológicos que caracterizam o positivismo, vale reforçar que estão todos esses - uns de forma mais cristalina, outros de forma menos evidente - sob forte ataque proveniente do que iremos chamar teses pós-positivistas. O fato de ter algumas de suas mais importantes noções colocadas em xeque explicita uma situação de desconforto nas fileiras positivistas: é esta uma crise superável ou estamos diante de uma fase que poderíamos qualificar como crepuscular de uma concepção que já viveu tantos momentos de glória?

Algumas poderosas objeções são colocadas em forma de crítica. Buscando uma síntese aclaradora do âmbito do que se costuma chamar “crise do positivismo jurídico” podemos começar por uma formulação bastante consistente formulada por Maria Leonor Suárez Lanno³⁹⁰, e que de certa forma, resume algumas das linhas críticas formuladas pelas correntes pós-positivistas. São elas:

1) Constatação de que as categorias básicas de sua forma de conhecimento, a racionalidade e o sistema (único, unitário, coerente e pleno³⁹¹), são construções dogmáticas artificiais, próprias de uma epistemologia cientificista e logicista, que constrói uma realidade lúdica para teóricos, mas estranha para a verdadeira consistência do fenômeno jurídico;

positivo é criado exclusivamente pelo Estado nacional e todo o direito criado pelo Estado nacional é positivo); Legicentrismo (centralidade e proeminência da lei em relação às demais fontes do direito); Positivismo ideológico (afirmação da normatividade, ou seja, a obrigatoriedade do direito); Formalismo interpretativo (cada palavra e cada enunciado dos documentos normativos possui somente um significado próprio e correto, cabendo ao intérprete descobri-lo); Insularidade do direito (trata-se da separação entre direito, por um lado e moral, política, e da economia, por outro); positivismo metodológico (cumulação de todas as teses, com exceção da tese do positivismo ideológico).

³⁹⁰ Estabelecidos em LLANOS, Maria Leonor Suárez. *Juspositivismo Excluyente vs. Positivismo crítico não inclusivo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 500.

³⁹¹ Vale lembrar que o próprio Bobbio, considerando esses aspectos, afirma que essas teorias são secundárias no âmbito do positivismo jurídico em seu aspecto teórico, o que o leva a não abraçá-las. Em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 250.

2) A incapacidade do conceito de validade jurídica em dar conta das exigências de adequação dos conteúdos legislativos aos conceitos normativos materiais constitucionais; à proliferação interna e externa de focos de produção normativa e à reformulação normativa que operam os juízes graças ao uso dos princípios³⁹²;

3) Na quebra da onipotência legislativa em mãos das capacidades legislativas constitucionais, governamentais, administrativas, judiciais e convencionais e por sua falta de efetividade e eficiência;

4) Na renúncia da lei às suas fundamentais dimensões de generalidade, estabilidade e permanência, o que também contribui para a confusão dos poderes executivo, legislativo e judiciário;

5) A diluição da segurança jurídica em um sem número de leis deficitariamente racionais, parciais, contraditórias, aleatórias e indecifráveis e nas imprevisíveis decisões de um juiz liberado de todo condicionamento positivo racional.

2.3.2. O positivismo jurídico no Brasil: uma concepção deslocada?

Embora consideremos ponto indiscutível nossa vinculação às raízes culturais de tradição ocidental, o que, mesmo de forma mediata, nos aproxima das linhas de pensamento positivistas surgidas no Século XIX³⁹³, não se deve negar a existência de uma tradição anterior que, cultivada por pelo menos três séculos antes da ascensão do pensamento positivista no Brasil, firmou raízes profundas no pensamento filosófico brasileiro e, por decorrência, nas concepções jurídico-filosóficas. Referimo-nos, no caso, à tradição escolástico-tomista, trazida e cultivada pelos jesuítas a partir do Século XVI³⁹⁴.

³⁹² Sendo esta uma constatação central para o presente trabalho, informamos que o tema será enfrentado mais a frente com maior profundidade.

³⁹³ Aqui nos referimos ao positivismo filosófico comteano, como doutrina científica de pretensões universais e que está no cerne dos outros significados do termo, mais especificamente em suas derivações no campo do direito, como o positivismo legal, o neopositivismo desenvolvido no âmbito da Escola de Viena, o qual, encontra-se bastante próximo à chamada Filosofia Analítica, de origem anglo-saxônica. É o que fica claro nos estudos desenvolvidos em SALDANHA, Nélson. *A Filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. Nº 1 (janeiro-junho/1986). Lisboa: Edição de Antônio Braz Teixeira, 1986, pág. 93.

³⁹⁴ Seguindo o que nos informa SALDANHA, Nélson. *A Filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. Nº 1 (janeiro-junho/1986). Lisboa: Edição de Antônio Braz Teixeira, 1986, pág. 91. O pensamento filosófico em sua abrangência geral, como se sabe, foi fortemente marcado pelo pensamento jesuítico, desde os tempos remotos da colonização. Mesmo com a expulsão dos jesuítas no decorrer do Século XVIII, a retomada de um

Além disso, conforme visto, houve na segunda metade do Século XIX, a ascensão de uma linha de pensamento que, embora esteja na raiz de um tipo de positivismo sociológico³⁹⁵ bastante influente em terras brasileiras, também está na gênese de uma evidente marca culturalista na tradição do pensamento brasileiro³⁹⁶, e que vai ganhando autonomia em relação às citadas vertentes positivistas com a ascensão da escola Culturalista, principalmente por intermédio do nome de Miguel Reale, a partir de meados do Século XX.

Em razão deste quadro, antes de tentar promover uma análise mais rigorosa acerca das propostas estabelecidas pelas teorias neoconstitucionalistas - no âmbito de uma visão pós-positivista³⁹⁷ - faz-se necessário procurar delimitar as premissas teóricas positivistas, principalmente as vertentes que marcaram mais fortemente a história do direito brasileiro no último século. Isso porque, mesmo contestado e (possivelmente) enfraquecido, o positivismo jurídico, como dissemos acima, ainda é considerado por muitos a referência paradigmática a ser superada no ambiente de remodelação do sistema jurídico brasileiro.

Em um quadro acadêmico como o brasileiro, que podemos classificar (ainda) como periférico, a apropriação do pensamento de autores clássicos e de escolas de maior tradição é uma constante. No âmbito do Direito, essa realidade, longe de ser diversa, é uma confirmação da regra. Por isso, como foi dito anteriormente, o prestígio da corrente positivista no decorrer do Século XIX, em seu perene ataque às concepções jusnaturalistas, encontrou grande eco no país, embora sua repercussão no âmbito jurídico tenha sido indireta.

jusnaturalismo de base escolástico-tomista se fez presente a partir do Século XIX, sendo que seus conteúdos e sua metodologia se fizeram presentes de forma intensa desde então. É bem verdade, conforme desenvolve MACHADO NETO, Antônio Luiz. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Ed. EDUSP, 1979, capítulos I e II, que o tomismo passa a ser alvo dos ataques por positivistas e pela Escola de Recife, no Século XIX; porém, é importante ressaltar, a atuação do pensamento tomista foi contínua e ininterrupta, deixando traços na teoria social, política e jurídica.

³⁹⁵ Como ocorre com o emblemático jurista Pontes de Miranda que, embora seja identificado com linhas positivistas, também o é com linhas sociológico-naturalistas da Escola de Recife. Como afirmado em BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito de Recife*. 2ª ed. Brasília: Conselho Federal de Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1977, v. II, pág. 127, "é filho della (sic); desenvolveu-lhe os princípios para depios seguir novos rumos".

³⁹⁶ Nos termos estabelecidos pela Escola de Recife, conforme informado e desenvolvido em MACHADO NETO, Antônio Luiz. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Ed. EDUSP, 1979, págs. 73-175 (capítulo III).

³⁹⁷ Mais adiante, faremos um esforço elucidativo no sentido de apresentarmos nosso entendimento acerca do que venha a ser uma concepção pós-positivista, traçando sua relação com as concepções neoconstitucionalistas, de forma a realçar as características que os individualizam, e, ao mesmo tempo evitando um erro corrente que é tratá-los como se designassem o mesmo fenômeno.

Seguiu-se, como já alertado, as tendências de um positivismo cultivado no âmbito de Escola de Viena, e que foi bastante seguido por algumas das principais escolas jurídicas europeias continentais, as quais o Brasil sempre se manteve juridicamente atrelado. É por essa via que desembarca no Brasil a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que obteve forte adesão a uma parte das suas proposições (principalmente àquelas relacionadas à teoria da validade e à jurisdição constitucional)³⁹⁸, mas que não teve suas linhas teóricas integralmente seguidas³⁹⁹, em parte por falta de maior e mais aprofundado estudo em terras brasileiras⁴⁰⁰, em parte pela ausência de familiaridade dos juristas brasileiros com um tipo de pensamento que se caracteriza por uma lógica estritamente cientificista-dedutivista.

De toda maneira, dentre as inúmeras concepções positivistas do Direito, há algumas que animaram de forma mais contundente o cenário jurídico-político-brasileiro, influenciando gerações de juristas no sentido de entender o fenômeno jurídico pelas vias positivistas. Além daquela desenvolvida por Hans Kelsen⁴⁰¹ (cuja importância é incontestável, embora limitada), não há como negar o prestígio e a recepção de obras e ideias desenvolvidas de Max Weber⁴⁰² e Norberto Bobbio.⁴⁰³ As

³⁹⁸ Conforme MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O Momento do Positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 234.

³⁹⁹ Isso porque, e faz-se conveniente lembrar, essa perspectiva teve de dividir seu espaço de influência com outras tendências, mas principalmente com a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale. É que juntamente com os clássicos positivistas, a citada teoria era (e continua sendo) bastante referenciada não somente por diversos autores de relevância no universo jurídico-filosófico brasileiro, mas também nas disciplinas dos jurídicos brasileiros, o que pode explicar uma certa tendência ao ecletismo no universo mental dos juristas brasileiros. Nesta linha, em SALDANHA, Nélson. *A Filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. Nº 1 (janeiro-junho/1986). Lisboa: Edição de Antônio Braz Teixeira, 1986, pág. 98. Essa é uma informação relevante que será analisada posteriormente, a fim que compreendamos o processo de ascensão de concepções pós-positivistas no Brasil, no âmbito da reabilitação de teorias que entendem o valor como dimensão do fenômeno jurídico, mas também no sentido de valorização dos influxos dos fatos na determinação do direito.

⁴⁰⁰ Neste sentido, parece encontrar adesão esta linha argumentativa em MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O Momento do Positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 234.

⁴⁰¹ É o direito formal racional, conforme muito bem colocado em BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Instituto Piaget: Lisboa, 2006, pág. 249, põe a descoberto o parentesco das concepções entre Hans Kelsen e Max Weber. Na verdade essa aproximação de perspectivas explica, ao menos em parte, o rumo seguido pelo positivismo jurídico brasileiro.

⁴⁰² Embora Max Weber não seja um autor típico do Direito (aliás, no seu tempo era mesmo considerado um analista econômico, sendo que só posteriormente consagrou-se como sociólogo), a sua influência no campo jurídico por meio de sua obra é vasta. Se ampliarmos o foco de observação para o campo das ciências sociais, pesquisas mostram ser ele um dentre os três autores mais citados nas dissertações de mestrado e nas teses de doutorado, conforme informa MELO, Manoel Palácios Cunha. *As ciências sociais no Brasil*. Tese de Doutorado, IUPERJ, 1997.

⁴⁰³ Pode-se estranhar a ausência de menção de um teórico da estatura de H.L.A. Hart no rol apresentado de grandes nomes do Positivismo Jurídico (como já salientara Ronald Dworkin). Aliás, nesse sentido, a opinião constante em BARBERIS, Mauro. *Derecho: como es/como debe ser. Hart e Dworkin y la teoría del derecho*. In: *Postscripts de H.L.A. Hart. Nueve Ensayos*. Lima: Peru, 2010, pág. 52 é a de que Kelsen (na primeira metade) e Hart (na segunda metade) são os dois maiores teóricos do Positivismo no Século XX. Aliás, em COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. *Legal Positivism*. In: *A Companion to Philosophy of law and*

teorias desenvolvidas por esses autores encontram lugar de grande destaque nos programas dos cursos de Direito espalhados por todo o Brasil. São elas largamente citadas em disciplinas clássicas (ou suas congêneres) como Sociologia Geral e Jurídica, Filosofia Jurídica e Introdução ao Estudo do Direito, sendo que algumas de suas concepções teóricas são apresentadas como verdadeiros cânones em suas áreas de interesse específico.

Esse tipo de formação influenciou muitas gerações de juristas no decorrer do século passado e foi determinante na estruturação de uma base mental que auxiliou na divulgação e aceitação do positivismo entre os juristas brasileiros⁴⁰⁴. Este fenômeno ocorre não apenas em relação ao campo de produção jurídico-científica (que foi fator decisivo no processo de reprodução desta visão), mas também, por via de consequência, na forma como influenciou o comportamento dos órgãos judiciais no processo de produção de decisões e jurisprudências. Nesse sentido, é de se lamentar a ausência de estudo mais pormenorizado e aprofundado acerca deste fenômeno no Brasil. Embora muito se fale sobre a influência do pensamento positivista kelseniano no país, o que se observa, porém, é a escassez de obras que analisem de

Legal Theory. Oxford: Blackwell Publishin, 2008, pág. 215, o autor refere-se a Hart como aquele que produziu o melhor positivismo, certamente aderindo à tese que conecta o direito à moralidade, ainda que de forma contingente. Porém, como muito bem salientado na apresentação da obra *El Postscripts de H.L.A. Hart. Nueve Ensayos*. Lima: Peru, 2010, pág. 12, Cristina Redondo, mesmo reconhecendo a influência de Hart no âmbito jurídico internacional, afirma ser evidente que suas ideias foram discutidas e analisadas, fundamentalmente, por juristas anglo-saxões. Isso seria justificado pelo fato de que o seu projeto gera grande impacto, principalmente, entre aqueles que compartilham a mesma língua e fazem referência a um mesmo tipo de ordenamento e tradição jurídicas. Nesse sentido, embora já se reconheça que a teoria de Hart oferece não somente uma visão exclusiva do direito anglo-saxão, mas sim de uma Teoria Geral do Direito, a verdade é que a obra de Hart não só foi muito pouco estudada no Brasil, principalmente no tempo em que foi produzida. Isto porque nos dias de hoje é mais analisada não apenas em razão das análises críticas às suas teorias, desenvolvidas por Ronald Dworkin, mas também como pela suposta, hoje percebida, aproximação entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*. Neste mesma linha de raciocínio, podemos acrescentar nomes como o de John Austin, e Alf Ross, cujas produções jurídicas são de importância inequívoca para a herança positivista, mas apresentam a mesma característica de estarem mais próximas a um quadro de tradição anglo-saxã, de pouca influência na nossa tradição continental brasileira.

⁴⁰⁴ Uma das consequências de um possível conflito de paradigmas a que nos referimos anteriormente e que denota bem um certo desacordo no processo de formação da cultura jurídica brasileira parece expressar-se nas diferentes formas com que o Ministério da Educação (MEC) e a OAB enxergam as habilidades que deva possuir o bacharel em Direito. Se no plano da elaboração de políticas para o ensino jurídico o Ministério da Educação parece encaminhar-se para uma posição que incentive à adoção de uma metodologia de ensino que priorize o raciocínio do Direito de forma mais crítica e reflexiva, relacionando de forma mais evidente o Direito com os demais ramos do conhecimento, por outro lado, a OAB, por intermédio da sua prova, cuja aprovação, ao fim do curso de Direito, é *conditio sine qua non* para o exercício da advocacia, acaba por estabelecer como parâmetro de exigência um tipo de conhecimento que tende a fortalecer uma lógica de não compartilhamento entre o Direito outras áreas do conhecimento, requisitando do formando um tipo de habilidade muito mais relacionada à capacidade de trabalhar em quadros estanques da dogmática jurídica. O problema é saber se há possibilidade de servir a Deus e a Mamom.

forma mais consequente o fenômeno da produção jurídica no âmbito das linhas positivistas no Brasil do Século XX⁴⁰⁵.

De qualquer forma, é possível constatar certa inadaptação do positivismo em suas formas mais puras nos quadros da tradição brasileira. Evidentemente que essas formas puras, embora não aplicáveis em suas formulações originárias, são sempre linhas referenciais teóricas que auxiliam na eterna “reconstrução” do sistema. Por isso, por mais consistente, orgânica e racional seja uma concepção positivista, como, por exemplo, a normativista kelseniana, seu raio de ação é limitado dentro de uma tradição que, se por um lado não aderiu a um tipo de lógica abstrata e científica, por outro, sente-se mais apto a desenvolver uma reflexão prática de tipo especulativa, cultivada desde a época do Brasil português.

2.3.2.1. O normativismo kelseniano no ambiente jurídico brasileiro

A questão de insistirmos em delimitar o alcance do pensamento kelseniano no Brasil justifica-se pelo fato de ser ele sempre mencionado como a figura de maior destaque no âmbito do positivismo jurídico mesmo no Brasil, juízo esse que, como já afirmamos anteriormente, não concordamos. As linhas positivistas kelsenianas, no Brasil, tiveram alcance limitado se comparado ao que as mesmas alcançaram em outras partes do mundo, embora não se deve negar ao jurista austríaco grande importância para o debate teórico-jurídico (principalmente no âmbito da família da *Civil Law*), mesmo no Brasil.

Evidentemente, o normativismo não é uma posição teórica que se projete no mundo jurídico de maneira desenraizada. Ele é resultante de um conjunto complexo de fatores evolutivamente convergentes em um quadro histórico amplo. Castanheira Neves muito bem explicitou esse movimento, apontando sua origem na juridicidade medieval, mais especificamente nos limites do conceito de *lex*. Seguindo o seu percurso histórico, tem-se o jusracionalismo moderno e sua sistematicidade axiomática, o contratualismo jusnaturalista revolucionário com seu legalismo e sua codificação, o positivismo exegético e dogmático do Século XIX com seu sistemático-

⁴⁰⁵ Neste sentido, há de se elogiar a iniciativa promovida fundamentalmente por Dimitri Dimoulis e Écio Oto Duarte no sentido de coordenar uma obra que discuta a temática do positivismo jurídico pelo olhar de vários autores brasileiros. Trata-se da obra DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

abstrato conceitualismo.⁴⁰⁶ De toda maneira, como ainda nos lembra o grande jurista português acima citado, o que realmente importa lembrar é que o normativismo acabou por se caracterizar como uma perspectiva do direito no qual este é concebido como um sistema de normas construído em uma autorracional normatividade, abstratamente determinável e prévia à sua realização concreta.⁴⁰⁷

Há uma constatação curiosa, porém: mesmo que se reconheça na figura de Hans Kelsen o mais influente e importante teórico positivista no universo jurídico da tradição continental⁴⁰⁸, um estudo das especificidades teóricas que envolvem o positivismo no Brasil (em uma perspectiva mais ampla), abarca linhas e hipóteses que, certamente, em nada coincidem com as preconizadas pelo positivismo normativista, de cariz lógico-abstrato. Indo um pouco mais além, poderíamos mesmo reafirmar que, embora algumas das formulações de natureza teórico-jurídica sustentadas por Hans Kelsen tenham contribuído largamente no processo de afirmação do positivismo jurídico no Brasil, como já dito, é difícil encontrar autores que adotem integralmente seus pressupostos teóricos.⁴⁰⁹

Aliás, com vistas à melhor ilustrar esta afirmação, lembramos que no período entre a Segunda Grande Guerra e os anos sessenta do século passado abriu-se uma fase de transição caracterizada exatamente pela busca de uma fundamentação do direito capaz de superar a epistemologia kelseniana⁴¹⁰, de forma que os contornos positivistas mais atuais – nos quais se incluem as chamadas versões *soft*⁴¹¹ –, embora (como não poderia deixar de ser) também influenciados muitas vezes pela visão kelseniana, pouco a pouco desta foram se afastando.

⁴⁰⁶ Conforme NEVES, Castanheira A. *O Direito Hoje e com que Sentido?*. 2ª ed. Lisboa: Piaget, Editora, 2011, págs. 23.

⁴⁰⁷ Ainda em NEVES, Castanheira A. *O Direito Hoje e com que Sentido?*. 2ª ed. Lisboa: Piaget, Editora, 2011, pág. 24.

⁴⁰⁸ Conforme LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Tebar, 2007, pág. 38, não parece lícito duvidar que a teoria pura do direito formulada por Hans Kelsen tenha sido a mais importante e difundida versão do positivismo jurídico enquanto teoria do direito.

⁴⁰⁹ É possível, no entanto, relacionar nomes que, adotando um viés positivista, elegeram as posições kelsenianas como centrais em seus trabalhos. Podemos citar, principalmente Lourival Vilanova, mas também André Franco Montoro.

⁴¹⁰ Neste senso, MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Positivismos Ideológico e Ideologia Positivista*. In: *El Positivismos Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 460.

⁴¹¹ Essas versões *soft*, com diferentes denominações, foram defendidas, com maior destaque, principalmente, por H.L.A. Hart, W.J. Waluchov, J. Coleman e Vittorio Villa, conforme teremos a oportunidade de observar mais adiante.

Por isso, é importante ressaltar o fato de que o momento em que a obra de Kelsen atinge de forma mais ampla o universo jurídico brasileiro⁴¹² coincide com o período no qual a mesma começa a enfrentar larga oposição no continente europeu. De toda sorte, mesmo que a adoção integral do kelseanismo, como uma teoria positivista específica, não tenha, como dissemos acima, recebido a aderência de muitos juristas no Brasil (como normalmente se supõe), não se pode negar a aceitação e adoção de partes específicas de sua teoria por grande parte dos autores pátrios⁴¹³, expressas, explícita ou implicitamente, em livros didáticos ou mesmo em ensaios de maior profundidade e relevância.⁴¹⁴

Parece-nos, então, bastante razoável supor que, embora a ascensão do positivismo jurídico de matriz kelseniana represente um redirecionamento no pensamento jurídico brasileiro, teve ele que conviver, como vimos, em um panorama diversificado, no qual se destacam não só posições de cariz culturalista (positivismo sociológico e tridimensionalismo, por exemplo), mas também outras posições rivais como as neokantianas (principalmente em Stammler e Del Vecchio), aristotélicas e escolásticas jusnaturalistas.

O que, então, deve ser ressaltado e não acobertado (como às vezes parece ser), é que a hegemonia positivista no Brasil sempre teve que conviver com concepções que enxergavam a justiça ou a cultura como uma das dimensões do direito. Esse ponto deve restar claro para que possamos, mais a frente, compreender que a assunção a uma tradição pós-positivista, estruturada em padrões de justiça na base sistêmica, não é um violento desvio da rota tradicional, ou a superação de uma tradição jurídico-filosófica de raízes profundas. Pelo contrário, pode significar a reaproximação a uma concepção que, ao menos no campo teórico-filosófico, relacionava de forma mais íntima direito com justiça e cultura.⁴¹⁵

⁴¹² A Teoria Pura do Direito somente teve sua primeira tradução para a língua portuguesa em 1945, realizada por F. Miranda e editada pela Coimbra. Se entendermos que naquele período a importação de obras (bem como a circulação de ideias) ocorria em velocidade bem mais lenta dos que nos dias atuais, parece ser razoável a informação constante em SALDANHA, Nélson. *A filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos – Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. 1, Jan-Junho, 1986, págs. 99-100, que a vulgarização do pensamento constante na obra kelseniana se deu a partir da década de 50.

⁴¹³ A teoria da validade que culmina na organização sistêmica por normas hierarquicamente situadas é aceita como dogma incontestável pelo sistema jurídico pátrio. Nos dias de hoje, o processo crescente de abstrativização e concentração no controle de constitucionalidade praticado no Brasil é uma dessas assimilações do sistema à perspectiva teórica vislumbrada por Kelsen.

⁴¹⁴ Nesta direção, SALDANHA, Nélson. *A filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos – Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. 1, Jan-Junho, 1986, pág. 100, embora pareça-nos que o autor tenda a mitigar o papel exercido pelo jurista vienense no contexto do universo jurídico brasileiro.

⁴¹⁵ Evitamos, neste momento, o enfrentamento da polêmica suscitada, entre outras obras, em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid:

De qualquer forma, o positivismo jurídico, como quadro teórico-jurídico abrangente⁴¹⁶, fortalecido pelo prestígio alcançado na primeira metade do Século XX pelo normativismo kelseniano em países de cultura jurídica continental europeia, manteve no decorrer da segunda metade do século passado grande autoridade nos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais produzidos no país.⁴¹⁷ Sua influência hodierna, ainda que sob forte ataque – e, neste sentido, transparece acusar os golpes recebidos -, encontra-se em muitos aspectos de natureza teórico-jurídicos, com ampliada força no ambiente jurídico brasileiro.

2.3.3 As bases do positivismo jurídico como concepção filosófico-doutrinária sob justo ataque.

A premissa da maioria esmagadora da doutrina, mesmo daqueles que veem a ascensão neoconstitucionalista pós-positivista, é que o sistema jurídico brasileiro, ao menos aquele vigente no decorrer do Século XX foi, pouco a pouco, se assentando sob fortes bases teóricas positivistas. Porém, como vimos, não se trata de uma consequência natural e evidente *per si*. É mais plausível considerarmos que esse fenômeno esteja mais intensamente vinculado à já referida característica de nos atrelarmos a tradições jurídicas continentais, do que propriamente compreendermos que a evolução do positivismo jurídico no Brasil se deu como consequência do desenvolvimento natural da história do pensamento jurídico brasileiro.

Editorial Tébar, 2007, pág. 43, acerca da possível proximidade conceitual entre pós-positivismo e jusnaturalismo. De qualquer forma, o mencionado autor, embora aponte a confusão entre os conceitos, deixa claro que a mesma só é possível quando se dá entre o pós-positivismo e um jusnaturalismo contemporâneo de cariz racionalista e crítico.

⁴¹⁶ E neste rol incluímos algumas concepções de positivismo cuja perspectiva de análise tende a ser de cunho cientificista naturalista como a desenvolvida por Pontes de Miranda, um dos mais importantes e festejados juristas brasileiros do Século XX, não somente em seus trabalhos iniciais como MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1912, mas também trabalhos posteriores como MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Jacintho, 1922, v. I e II, mas também em seu trabalho magno e até hoje influente no ambiente jurídico pátrio, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1977. É bem verdade, conforme sustentado em MENEZES, Djacir. *Tratado de Filosofia do Direito*. São Paulo. Ed. Atlas, 1980, pág. XXXX, acabou por assumir posições mais flexíveis, incluindo em sua análise não somente uma leitura que contempla uma abordagem histórico-cultural, como também com inequívoca influência hegeliana.

⁴¹⁷ Embora se cometa a ousadia de afirmar que a influência do normativismo tende a ser, no Brasil, menor do que, em geral, costumam afirmar os juristas brasileiros, não há dúvidas que, conforme afirmado em NEVES, Castanheira A. *O Direito Hoje e com que Sentido?*. 2ª ed. Lisboa: Piaget, Editora, 2011, pág. 24, “é um tipo de pensamento jurídico que se sincronizou com a dimensão sistemático especulativa do pensamento europeu, a partir da baixa Idade Média, quando a racionalidade do prático e prudencial, que sempre tinha vivido num precário equilíbrio com a teoria especulativa desde a cultura clássica, cedeu sua legitimidade a uma unidade de pensamento de índole só teórico sistemática, que o neo-platonismo e o idealismo humanistas corroboraram e o pensamento moderno definitivamente fundamentaria e consagraria – ‘a razão Moderna’.”

As objeções críticas acima formuladas, acrescidas daquelas genéricas que apontam para a crise do positivismo jurídico em vários sistemas jurídicos, são o ponto de partida para a ascensão das chamadas concepções pós-positivistas, nas quais se inclui o neoconstitucionalismo. Aliás, mais do que colocar em dúvida se o positivismo jurídico ainda possui forças para manter a hegemonia no processo de delineamento jusfilosófico do sistema jurídico brasileiro⁴¹⁸, talvez seja o caso de questionar se algum dia o mesmo manteve incontestável hegemonia teórico-filosófica sobre o sistema jurídico brasileiro. Não se coloca em discussão sua importância e reverberação, mas é possível pensar que suas posições teóricas jamais conseguiram preponderar de forma evidente quando contrastadas a posições mais enraizadas à tradição jurídica brasileira, cuja inclinação tende a considerar as influências da dimensão valor no processo de definição do objeto jurídico.

Se as posições metafísicas jusnaturalistas não foram suficientemente fortes para se impor perante o naturalismo e o positivismo (que por definição teria que as rejeitar), certamente auxiliaram na aceitação de posições culturalistas (e citamos, novamente, a posição Tridimensional do Direito de Miguel Reale) que enxergam na dimensão axiológica, uma das dimensões essenciais do direito. Por esta razão, se o positivismo jurídico ainda possui o condão de contaminar em grau elevado a mentalidade da maior parte dos juristas brasileiros, no âmbito do denominado positivismo teórico, não parece que algum dia tenha conseguido maior adesão em suas vertentes metodológica e ideológica em terras brasileiras⁴¹⁹.

Por isso, em completa concordância com Paulo Comanducci, a maioria dos operadores do direito e mais especificamente os julgadores, não possuem ainda uma consciência suficientemente clara sobre o papel de criação que desempenham quando supostamente “descrevem” o direito. Nessa linha, ainda hoje poucos são conscientes do fato de que o direito positivo não é um dado para os operadores, mas é também, ao menos em parte, um produto de sua atividade criativa e intelectual⁴²⁰.

Nosso próximo passo, então, é analisar as ideias norteadoras do pensamento pós-positivista, principalmente em sua versão “neoconstitucional” (termo

⁴¹⁸ Em interessante obra coletiva brasileira, DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, o problema brasileiro é colocado em questão, abrindo-se espaço para visões diversificadas.

⁴¹⁹ Nos termos da classificação proposta por Norberto Bobbio, conforme já tivemos a oportunidade de observar nos itens 2.3.1.1.1, 2.3.1.1.2 e 2.3.1.1.3.

⁴²⁰ Nesta direção, em COMANDUCCI, Paolo. *Uma defesa do positivismo metodológico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, págs. 341-342.

ainda não consolidado⁴²¹), que cada vez mais se apresenta como real candidata à concepção de paradigma teórico-filosófico do sistema jurídico brasileiro. É a nossa próxima temática.

2.4 A ascensão do paradigma pós-positivista e a busca por uma nova base teórico-compreensiva do sistema jurídico brasileiro

Nos últimos vinte anos, alguns dos mais reconhecidos constitucionalistas brasileiros, alardeando a decadência do positivismo jurídico, passaram a se socorrer de noções que, para realçar as supostas características inovadoras dos modelos, utilizam-se dos emblemáticos prefixos “pós” e “neo”, seja pelo costume de usá-los nas situações em que se pretende apontar a superação de uma dada concepção teórica, seja mesmo pela ausência de pontos que tragam maior clareza quanto às características que definam sua própria autonomização. Independentemente de estarmos parcialmente de acordo com aqueles que entendem que tal uso não deixa de transparecer certa ingenuidade⁴²², não podemos deixar de enxergar, concomitantemente, que mais que se arrogar certa originalidade ou inovação, a característica predominante nestas “novas” teorizações é a de estressar a crítica às predecessoras.

Referimo-nos, principalmente, ao pós-positivismo e ao neoconstitucionalismo. As duas etiquetas vêm ganhando grande destaque, embora devamos reconhecer que se incluem sob esses rótulos uma série de doutrinas, muitas vezes heterogêneas em suas inspirações e alcances, unidas, principalmente, pelo propósito de se apresentarem como resposta à crise do positivismo jurídico⁴²³.

Se essas duas noções vem rapidamente ganhando a compreensão no universo jurídico-constitucional brasileiro, um problema preliminar que se põe diz respeito às relações que entre si tais rótulos mantêm. Nesta direção, o enfrentamento

⁴²¹ Como afirmado em BARBERIS, Mauro. *A heterogeneidade del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*. México: Distribuciones Fontamara S.A, 2006, pág. 16. Passada quase uma década, é possível reiterar a posição do autor quanto a não consolidação do termo, conforme teremos a oportunidade de tratar mais adiante.

⁴²² É o caso em NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. *Introdução*. In: *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I, pág. 33.

⁴²³ Nesta direção, LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007, pág. 43. De qualquer forma, o termo “crise do positivismo” como crise de um paradigma dominante não deixa de expressar uma crise no âmbito do próprio direito. Neste sentido, o tema não é novo. Já em 1910, em ROMANO, Santi. *Lo Stato Moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969, págs. 5 e seguintes, o autor já anuncia um tema que será explorado por diversos autores, principalmente após a Segunda Guerra.

da questão se desdobra em outras vertentes, tais como: delimitação da extensão de cada uma das noções; distinção que entre si mantêm e identificação das características que as aproximam. O fato de existir uma grande confusão na utilização desses termos no âmbito da análise da teoria jurídica – nem sempre quem emprega um dos conceitos, usa também o outro, sendo que, mesmo quando ambos são mencionados, não se estabelece uma clara distinção entre os mesmos⁴²⁴ – nos conduz à tarefa prévia de tentar resolver a questão, utilizando-nos dos parâmetros com que os juristas abordam os temas.

2.4.1 Pós-positivismo e neoconstitucionalismo: relação conceitual necessária

Enquanto a expressão “neoconstitucionalismo” vem recebendo um tratamento muito mais aprofundado e cuidadoso por parte dos estudiosos, com uma amplíssima literatura sobre seu desenvolvimento, o termo “pós-positivismo” não encontra a mesma sorte, embora seja cada vez mais aceito e utilizado na literatura jurídico-constitucional brasileira⁴²⁵. Uma primeira questão que se põe é de tentar descobrir se, na verdade, não estariam os autores que se dedicam ao tema utilizando-se de terminologias diversas para tratar de um mesmo fenômeno, já que muitas das características atribuídas aos dois conceitos pelos diversos autores aproximam-se bastante.

Essa é uma visão da qual nos afastamos. O próprio processo de formação das novas terminologias, a partir do acréscimo dos prefixos “pós” e “neo” apontam para as transformações de palavras-base que, semanticamente, em muito se distanciam: “positivismo” e “constitucionalismo”. Conforme indicam os diversos dicionários, enquanto a preposição “pós” deriva do latim *post* que significa “atrás de, depois de, após”; e no vernáculo reveste as noções de posterioridade; o prefixo “neo”,

⁴²⁴ Na verdade, na maior parte das vezes, não se faz nem mesmo uma simples distinção. Essa característica é observável no artigo desenvolvido em MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, págs. 117-168. Embora o artigo traga informações precisas na configuração dos conceitos, ausenta-se uma clara distinção entre os dois termos. De qualquer forma, o título concedido ao artigo bem denota que o neoconstitucionalismo é visto como uma variante de uma perspectiva de análise pós-positivista.

⁴²⁵ Entre os constitucionalistas o termo vem ganhando maior destaque principalmente a partir do uso reiterado que Lenio Streck e Luís Roberto Barroso fazem da expressão em algumas de suas principais obras. Como exemplo podemos citar STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, págs. 247 e seguintes. Aliás, Lenio Streck inclusive destaca a expressão em artigo presente em STRECK, Lenio. *Decisionismo e Discricionariedade Judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil*. In: *O Direito e o Futuro O futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

por sua vez, deriva do grego *néos*, a, *on* que significa “novo”, de onde advém a ideia de “recém”, renovadamente⁴²⁶.

Estudiosos qualificados vêm considerando que às genéricas grandes concepções que influenciam na forma de estruturação do sistema jurídico (jusnaturalismo, positivismo jurídico e Realismo) se juntaria o neoconstitucionalismo⁴²⁷. Desta forma, é o neoconstitucionalismo e não o pós-positivismo o novo paradigma jusfilosófico emergente, embora não se possa negar que, como concepção justeórica, o primeiro se baseará em algumas das mais importantes características do segundo (pós-positivismo jurídico).

Enquanto o pós-positivismo, partindo de uma postura crítica em relação ao positivismo jurídico, busca novas soluções a partir de um olhar “filosófico-jurídico”, o neoconstitucionalismo, incorporando a contribuição pós-positivista, tem objetivos mais específicos. Propõe-se o mesmo a exercer um papel mais específico e propositivo fundamentado nos textos constitucionais e nos valores por esses expressos, de forma a organizar o sistema e projetar sua inteligência a partir de um olhar “jurídico-filosófico” (e não “filosófico-jurídico”), já que o ponto de partida de toda reflexão interpretativa é um texto normativo positivo.

Mesmo que pós-positivismo e neoconstitucionalismo tenham, como veremos tantos pontos de aproximação, a verdade é que os estudiosos quando tratam de uma ou de outra construção teórica, dão gênese às suas análises do fenômeno jurídico, enfatizando pontos específicos e analisando-os por ângulos diversos. Nesse caminho, utilizando-nos da feliz metáfora sobre como as possíveis diferentes formas de se ver um fenômeno estão relacionadas à cor da lente com que o sujeito-observador se põe a enxergá-lo⁴²⁸, podemos, *mutatis mutandi*, afirmar que no mundo dos fenômenos jurídicos ocorre o mesmo.

Se bem que não estejamos, como Kant, a falar das características perenes da mente, mas sim dos transitórios paradigmas teórico-filosóficos que

⁴²⁶ Segundo informa o Dicionário Houaiss, a partir do Século XIX “*neo*” passou a ser fortemente usado para indicar revivescências (de partidos, movimentos, doutrinas, elementos e afins). Portanto, o neoconstitucionalismo encontra-se enquadrado nesta possibilidade por se configurar como uma nova doutrina, como teremos a oportunidade de tratar mais adiante.

⁴²⁷ É a posição apresentada por Mauro Barberis, explicitada em BARBERIS, Mauro. *Filosofia del Diritto. Un' introduzione teorica*. 3ª ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, pág. 9, quando identifica como os quatro grandes blocos jurídico-filosóficos o jusnaturalismo, o juspositivismo, o jusrealismo, e o neoconstitucionalismo.

⁴²⁸ Esse exemplo equivale a forma da sensibilidade (espaço-tempo) situado em KANT, Immanuel. *Acerca das formas e dos princípios do mundo sensível e inteligível*. In: SANTOS, L.R. dos; MARQUES, A. (Orgs.). *A dissertação de 1770 seguida a Carta a Marcus Herz*. 2ª ed. Lisboa: Casa da Moeda, 2004, pág. 62.

envolvem um sistema jurídico, podemos metaforicamente afirmar que a cor e características das “lentes teórico-jurídicas” usadas pelo jurista no momento da análise de qualquer caso concreto é determinante no resultado do que a ele será ressaltado. A partir desta inspiração, podemos, então, dizer que, enquanto os pós-positivistas priorizam a crítica ao positivismo jurídico, bem como a proposta de uma nova agenda a partir desta crítica, os neoconstitucionalistas ressaltam (sem abrir mão das premissas pós-positivistas) a centralidade e supremacia normativa e valorativa da constituição⁴²⁹, sendo as constituições contemporâneas precisamente o lugar onde direito e moral se confundem.⁴³⁰ Nesse caso, embora diferentes, as lentes que analisam por uma e outra perspectiva, muito se aproximam em cor e grau.

Invertendo um pouco a ordem natural das coisas, partiremos de uma conclusão, cujas linhas justificativas serão desenvolvidas mais a frente: o neoconstitucionalismo, como concepção filosófica do direito, assume uma perspectiva pós-positivista de análise. Nesse sentido, pode-se dizer que uma das características básicas do neoconstitucionalismo é apropriar-se de uma perspectiva pós-positivista. O que representa tal afirmação, passamos a desenvolver a seguir.

2.4.2 O pós-positivismo como perspectiva não-positivista

O positivismo jurídico, como paradigma jusfilosófico questionado em vários sistemas jurídicos, como já dito, vem sendo fortemente acossado por algumas dessas novas teorizações que se arrogam motivos legítimos para ultrapassar a “velha” corrente. Algumas das mais consequentes críticas a esta escola, como dissemos, provém de linhas genericamente denominadas de “pós-positivismo”, em uma alusão direta ao objeto a que desferem seu ataque. A ascensão deste pensamento em tempos históricos de império constitucional⁴³¹ vem ocorrendo na medida em que se intensificam os inúmeros problemas de ordem teórico-jurídica que suscita o positivismo jurídico como concepção jusfilosófica. Isso vem gerando uma evidente alteração no processo de compreensão da ordem jurídica.

⁴²⁹ Não deixa de ser interessante lembrar que enquanto o pós-positivismo nasce de uma crítica profunda ao positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo, ao contrário, aprofunda (e para alguns, radicaliza) os ideais já expressos pelos movimentos constitucionais que surgem no fim do Século XVIII e que desenvolvem-se no decorrer dos séculos subsequentes.

⁴³⁰ Conforme BARBERIS, Mauro. *A heterogeneidade del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*. México: Distribuciones Fontamara S.A, 2006, pág. 17.

⁴³¹ Não se trata, evidentemente, de um fenômeno que abarque tão somente o direito. Conforme bem assinalado em SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 16ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010, pág. 9-10, “as ciências sociais terão de recusar todas as formas de positivismo lógico ou empírico ou de mecanicismo materialista ou idealista com a subsequente revalorização do que se convencionou chamar humanidades ou estudos humanísticos”.

Não poderia ser diferente, pois, conforme premissa já anteriormente defendida, a apreensão do conteúdo normativo das normas jurídicas, bem como a organização do sistema são fortemente influenciadas, tanto pelo contexto fático-cultural que a circunstancia, como pelos contornos jusfilosóficos estabelecidos pela concepção hegemônica, sem que possamos negar uma nítida inter-relação entre estes. No que se refere aos interesses diretos deste trabalho, em apertada síntese, podemos afirmar que a concepção filosófica hegemônica é sempre referência fundamental no projeto de construção, não apenas material, mas também formal, de qualquer sistema jurídico-constitucional.

Na base do que estamos considerando ser um processo de valorização dos ideários pós-positivistas no universo jurídico-constitucional brasileiro, temos como premissas que o mesmo não surge em nosso ambiente jurídico como um modismo inconsequente e passageiro. Pelo contrário, temos motivos para acreditar que o mesmo encontra pontos de contato não apenas em bases mais remotas de uma tradição do pensamento ocidental, mas também, em bases profundas da própria formação histórica e mental do pensamento jurídico brasileiro. Nesta linha, é possível apontar na base desta formação, como principais alicerces, duas ideias-pilares: a crescente influência das concepções que enxergam como inequívoca a relação entre direito e justiça, na sua vertente substancializada (moral ou ética); e a revalorização de uma tradição construída no decurso histórico.

2.4.3 O pós-positivismo – as características norteadoras

A busca pela apreensão do conceito de pós-positivismo começa a ser percorrida a partir das pistas oferecidas pela própria construção lexical, ou seja, de um óbvio processo de derivação, ao acrescer o prefixo “pós” à palavra “positivismo” – representando esta o amplíssimo conceito teórico abordado -, encerra por estabelecer um novo significado que, embora mantenha com o termo original uma relação inquebrantável, distancia-se conceitualmente do mesmo, seja, como afirmam alguns, para superá-lo, seja, como afirmam outros, para negá-lo.

Ressalte-se que, embora o termo “pós-positivismo” esteja mais difundido em sua acepção jurídica, na verdade ele surgiu no decorrer dos anos sessenta do século passado, em uma perspectiva de abordagem epistemológica. Representou uma oposição a concepções neopositivistas ou mesmo popperiana de reflexão filosófica sobre a natureza, o método, os princípios, e as relações mantidas

entre saber científico e outras esferas da cultura.⁴³² Autores como Thomas Kuhn, Imre Lakatos, P.K. Feyerabend, Larry Laudan, ou mesmo, posteriormente, Boaventura de Souza Santos, ao enfatizarem a crítica ao modelo de racionalidade científica hegemônico – mais especificamente aqueles que se expressam por meio de procedimentos experimentais confiados a verificações lógico-matemáticas e que se utilizam de procedimentos de verificabilidade ou falsificabilidade – acabam por propor um estatuto metodológico de cariz histórico-evolutivo. Isso implica em uma cuidadosa reconstrução do modo como os cientistas têm atuado historicamente, incluindo os condicionamentos sociais, culturais, psicológicos, entre outros, a que estão submetidos.

No que se refere mais especificamente ao campo da juridicidade, se não é possível categoricamente afirmar que o “pós-positivismo” é uma corrente jurídica de cariz essencialmente antipositivista, somos levados, entretanto, intuitivamente, a crer que se trata de uma corrente que tem por pretensão, no mínimo, ultrapassar o positivismo jurídico em algumas de suas formulações fundamentais anteriormente apontadas. Nesse sentido, almeja ela proporcionar maior ênfase à análise social, a partir de fenômenos que não podem deixar de ser investigados como historicamente condicionados e culturalmente determinados⁴³³.

Embora essa demarcação inicial nos auxilie a dar gênese a uma compreensão maior do que venha significar o “pós-positivismo” como corrente teórica, o desenvolvimento das ideias resultantes dos embates teóricos travados entre positivistas e não-positivistas vêm gerando nos últimos tempos um corpo teórico que acaba por definir de forma mais clara o pós-positivismo, principalmente no sentido da criação de pontos específicos que o distinguem da posição mais genérica que se costuma chamar de “não-positivista”⁴³⁴.

Como se observa, tratar de pós-positivismo implica no inafastável enfrentamento de um tema circunstancial que muitos juristas vêm chamando de “crise do positivismo jurídico”. Buscando uma síntese aclaradora, podemos começar inspirando-nos em uma formulação bastante consistente apresentada por Maria

⁴³² Daí, terem recebido, além da citada denominação de epistemologia pós-positivista, também as alcunhas “epistemologia pós-neopositivista” e “epistemologia pós-popperiana”, conforme nos informa RIGNANI, Orsola. *Filosofia. Temi e Percorsi*. Milão: Apogeo, 2010, pág. 60.

⁴³³ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 16ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010, pág. 20, ao tratar do paradigma epistemológico das ciências sociais, do qual, certamente, não podemos excluir o Direito.

⁴³⁴ Nesse sentido, um dos autores mais identificados com o rótulo de pós-positivista é Robert Alexy. Em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, já desde as páginas iniciais enfatiza uma posição não-positivista.

Leonor Suárez Lanno⁴³⁵ - que assumimos com mínima alteração na ordem de apresentação e teor -, e que resume algumas dessas mencionadas críticas ao positivismo jurídico. São elas:

1) A frustração em relação ao valor central em que se explica e justifica o positivismo, ou seja, a segurança jurídica. Tal insatisfação seria decorrência de um número excessivo de leis deficitariamente racionais, parciais, contraditórias, aleatórias e indecifráveis, mas também em face das imprevisíveis decisões de um juízo, em certas situações, liberto de todo condicionamento positivo racional⁴³⁶;

2) Constatação de que categorias básicas de forma de conhecimento positivista - a racionalidade e o sistema único, unitário, coerente e pleno⁴³⁷ - são construções dogmáticas artificiais, próprias de uma epistemologia cientificista e logicista que constrói uma realidade lúdica para teóricos, mas alienada da verdadeira consistência do fenômeno jurídico⁴³⁸;

3) A incapacidade do conceito de validade jurídica para conceder suporte a uma série de situações hodiernamente comuns, tais como: exigências de adequação dos conteúdos legislativos aos conceitos normativos materiais constitucionais; proliferação interna e externa de focos de produção normativa; bem como “reformulações normativas”, exercidas mediante interpretações e aplicações dinâmicas promovidas pelos juízes no exercício de suas atividades, principalmente quando operam com os princípios jurídicos, em virtude da aptidão desta espécie normativa para possibilitar maiores exercícios hermenêuticos⁴³⁹;

⁴³⁵ Estabelecido as, nesta direção, em LLANOS, Maria Leonor Suárez. *Juspositivismo Excluyente vs. Positivismo crítico não inclusivo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 500.

⁴³⁶ Não custa lembrar que é essa, inclusive, uma das mais evidentes e citadas razões que colocaram o positivismo jurídico em xeque, principalmente a partir dos ataques de Dworkin às teses hartianas, segundo as quais nos *hard cases* o juiz estaria livre para definir as regras que definem a solução do caso concreto.

⁴³⁷ Vale lembrar que o próprio Bobbio, no que diz respeito à plenitude e coerência, afirma que essas teorias são secundárias no âmbito do positivismo jurídico, o que o leva a não mais abraçá-las. Ver em BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Turim: Giappichelli, 1996, pág. 250.

⁴³⁸ Essa crítica não é exclusivamente dirigida pelos juristas. Na verdade, como bem informado em SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 16ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010, pág. 30-31, “A análise das condições sociais, dos contextos culturais, dos modelos organizacionais da investigação científica (...) passou a ocupar um papel de relevo na reflexão epistemológica.” E acrescenta mais adiante: “As leis têm assim um carácter probabilístico, aproximativo e provisório, bem expresso no princípio da falsificabilidade de Popper. Mas acima de tudo, a simplicidade das leis constitui uma simplificação arbitrária da realidade que nos confina a um horizonte mínimo para além do qual outros conhecimentos da natureza, provavelmente mais ricos e com mais interesse humano, ficam por conhecer.”

⁴³⁹ Sendo esta uma constatação central para o presente trabalho, informamos que o tema será enfrentado mais a frente com maior profundidade.

4) A quebra da onipotência legislativa em razão da falta de efetividade e eficiência dos poderes legislativos e seus sistemas para exercerem suas funções;

5) A renúncia da lei as suas fundamentais dimensões de generalidade, estabilidade e permanência, fenômeno que contribui para certa confusão no exercício dos poderes executivo, legislativo e judiciário;

6) Ausência de equilíbrio entre as dimensões formal e substancial que compõem o princípio de justiça, com concessão desproporcional de privilégio para a dimensão formal – fundamentalmente por meio da exaltação do valor segurança -, abdicando de oferecer bases teórico-axiológicas aos julgadores nos casos em que o legislador ordinário não concede solução para os casos concretos, o que, como informado no item 1, acaba por abrir perigoso espaço para a decisão subjetiva e arbitrária.

Na contemporaneidade⁴⁴⁰, esse conjunto de críticas vem servindo (de forma mais ou menos evidente) como guia-mestre aos defensores das linhas pós-positivistas - e, por via de consequência, aos que aderem às linhas neoconstitucionalistas -, como parâmetros na busca de soluções mais adequadas do que as apresentadas pelo positivismo jurídico, em sua perspectiva ampla⁴⁴¹.

Mesmo que muitos autores não enfrentem o tema de forma aberta – seja pela discordância com o uso de conceitos consagrados acompanhados de prefixos generalizantes, ou mesmo por entenderem que a crise do positivismo jurídico (e do direito, como um todo) deve ser superada, “ainda”, no âmbito dos fundamentos positivistas -, a verdade é que, independentemente da adequação ou não da terminologia, é no âmbito dos estudos do que se chama “corrente pós-positivista do direito” que vêm sendo desenvolvidos os maiores esforços críticos e construtivos para o avanço da teoria jurídica no panorama ocidental.

⁴⁴⁰ Se na perspectiva neopositivista popperiana a ciência se encontra em perene estado de revolução, para Thomas Kuhn, ao contrário, a revolução científica é um evento excepcional, que se verifica no momento em que uma comunidade científica opimida por “anomalias”, é empurrada a abraçar um novo paradigma.

⁴⁴¹ Almejando evitar dubiedades, fazemos aqui a distinção entre o que chamamos de linha teórico-positivista em sentido amplo e o que analisamos, anteriormente, como positivismo jurídico sob a perspectiva teórica. No primeiro caso, refiro-me a todo o conjunto de conhecimentos e estudos sobre o positivismo, abarcando não só ao que Bobbio denomina como “positivismo como teoria”, mas também as perspectivas de análise metodológica, ideológica. No segundo caso, mais específico, refere-se, como parece óbvio concluir, àquilo que Bobbio entendeu ser uma das três linhas de análise possíveis do positivismo e que vimos anteriormente.

A propósito desta generalidade que comporta o prefixo “pós”, não podemos deixar de chamar a atenção – ainda que sem a pretensão de maior aprofundamento no tema – sobre a inadequada e imprecisa relação que alguns autores parecem fazer entre pós-positivismo e pós-modernidade⁴⁴². As escolas pós-positivistas não apenas não rompem com os ideais racionais modernos, como neles apostam, investindo no aprofundamento dos estudos de uma racionalidade prática, a qual deve se submeter o fenômeno jurídico. Por isso, sendo a vertente pós-moderna marcada por uma matriz de influência nietzschiana, ao considerar que o discurso jurídico deve se configurar em um quadro de descontinuidade e indeterminação, afasta-se de forma absoluta do que estamos chamando de pós-positivismo.

Assim, embora não neguemos que a versão contemporânea de modernidade tenda a ser marcada por uma fluidez cada vez mais perceptível, a verdade é que o pós-positivismo é uma configuração que, tendo por premissa essencial sua filiação aos ideais de racionalidade moderna, busca ser forjado no sentido de se relacionar com essa fluidez (ou liquidez). O niilismo e o desconstrutivismo encontrado na chamada pós-modernidade acabam por refutar qualquer referência à sistematização, tão cara a uma perspectiva pós-positivista.⁴⁴³ Inserido em uma lógica de defesa da racionalidade jurídica, o pós-positivismo, pelas razões acima estabelecidas, antagoniza-se por completo com uma perspectiva jurídica pós-moderna.

No Brasil, uma tentativa de balizamento de alguns dos pontos centrais mais consistente do que estamos denominando por “pós-positivismo”⁴⁴⁴, que, inclusive, auxilia na organização sistemática de algumas das ideias apresentadas sobre o tema, foram apresentadas por Albert Calsamiglia⁴⁴⁵. Seriam estas, então,

⁴⁴² É uma visão observada, por exemplo, em BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 2ª ed. Ver. Atu. E amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009 e em BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 06, 2001, (também disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf>).

⁴⁴³ Importante ressaltar que o pós-positivismo como o estamos entendendo é uma corrente do pensamento jurídico que, embora abrangente, marca um espaço teórico claro e que não se define por qualquer corrente cronologicamente posterior ao positivismo jurídico e que a esse se oponha. Nesse sentido, não podem ser consideradas correntes pós-positivistas as teorias do *Critical Legal Studies* ou qualquer teoria fundada em teorias pós-modernas. Porém, é evidente que as correntes pós-modernas, após influenciar áreas como arte, arquitetura, história, sociologia, antropologia, também vem (não negamos) se espalhando pelo mundo do direito. Apenas, quisemos deixar claro o fato de que não estamos, de forma alguma, a elas conectados.

⁴⁴⁴ Principalmente em MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, págs. 122-129. Interessante que o próprio autor, no decorrer da pág. 122, reconhece essa ausência.

⁴⁴⁵ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.21-I, 1998.

características marcantes que ajudam a melhor definir a concepção jurídica pós-positivista como um novo quadro teórico, as seguintes⁴⁴⁶: deslocamento de agenda de compromissos; mitigação da dicotomia descrição/prescrição; a busca pela superação teórica da escola juspositivista⁴⁴⁷. São, certamente, características que acabam por compartilhar temáticas sob olhares diversos, conforme veremos. Porém, antes de analisarmos estas perspectivas, não há como ampliar o foco, acrescentando uma característica fundamental: a reaproximação entre direito e justiça.

2.4.3.1 A reaproximação entre direito e justiça

No que se refere ao primeiro deles, nomeadamente a reaproximação entre direito e justiça em tempos mais recentes, podemos considerar esse movimento como um fator externo, já que as principais linhas teóricas que o sustentam encontram suas gêneses em reflexões promovidas em construções filosófico-doutrinárias produzidas fora do âmbito de produção jusfilosófica pátria. Mesmo que o tema da relação entre justiça e direito seja verdadeiro *leitmotiv* na história do pensamento jurídico ocidental desde a Grécia Antiga, quando, não só nas concepções mais estritamente filosóficas (v.g. nas concepções platônico-socráticas, aristotélicas e sofistas), mas também no âmbito literário (*Antígona*, de Sófocles), a verdade é que o assunto recuperou toda sua energia no período do Pós-Guerra, como natural decorrência dos grandes e complexos conflitos éticos vivenciados por esta geração.

Ao se colocar em xeque a concepção positivista de direito, o que verdadeiramente se objetiva é, na esteira de uma revisão metodológica, trazer à tona uma nova formulação teórica capaz de inspirar ordenamentos jurídicos que melhor harmonizem as dimensões substancial e formal de justiça⁴⁴⁸ e, como consequência,

⁴⁴⁶ Embora em MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pág. 123, o autor cite além das três ideias basilares por nós destacadas, mais duas (a importância dos casos difíceis e o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis), entendemos que estas estão abrangidas no núcleo da discussão em que se situam as três por nós elencadas.

⁴⁴⁷ Em MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, págs. 126 e 127, o autor refere-se à possível “busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do juspositivismo jurídico”. Todavia, diante da posição por nós assumida, de não considerar o pós-positivismo como uma concepção jusfilosófica, mas sim uma posição crítica ao positivismo jurídico, entendemos que esse lugar teórico que se refere o autor será melhor preenchido pelo neoconstitucionalismo, esse sim, para nós uma concepção jusfilosófica a rivalizar não só com o juspositivismo e com o jusnaturalismo, mas também com o jusrealismo.

⁴⁴⁸ Conforme bem expressado em FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, Derrotabilidad y Razón Prática*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. (Ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, pág. 185, os argumentos essenciais que se opuseram ao positivismo jurídico do Século XX, foram os argumentos da injustiça (uma norma extremamente injusta

passem a levar em conta a dimensão valor no âmbito interno da análise jurídica. Isto porque, quando as concepções positivistas do direito concederam aos valores segurança e certeza a primazia entre todos os valores que podem ser considerados como estruturantes de um sistema jurídico, foi possível depreender que nesta concepção teórica a dimensão formal do valor justiça submeteu de forma contundente outros valores que poderiam expressar uma dimensão substancial do conceito⁴⁴⁹, eclipsando-os. No decorrer do tempo esta fórmula desgastou-se, sendo que hoje se encontra fortemente contestada.

Aliás, aproveitando o fato de termos abordado a questão sobre relação entre direito e justiça, há quem entenda que pelo fato de se defender a tese da conexão necessária entre direito e moral, a posição pós-positivista estaria assumindo as posições jusnaturalistas contemporâneas⁴⁵⁰, de forma a configurar tão somente um novo rótulo para um mesmo fenômeno. Neste caso, em ambas as concepções teóricas se estaria sustentando a necessidade de que as normas jurídicas, em seu âmbito conteudístico, contemplassem a ideia de justiça como correção moral.

Se considerarmos uma análise de viés metodológico-jurídico muito difundida entre os juristas, a qual considera que a avaliação do fenômeno jurídico depende do ponto assumido pelo intérprete que transita entre os extremos positivistas e jusnaturalistas (em suas versões mais contundentes), certamente que a posição pós-positivista, como posição crítica ao positivismo jurídico, irá deslocar-se rumo a uma posição jusnatural, mais especificamente em direção às versões mais moderadas

não é direito) e o argumento dos princípios (se existem princípios no direito, então existe uma conexão entre direito e moral).

⁴⁴⁹ Conforme nos chama atenção FASSÓ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. 3ª ed. Roma: Laterza, 2005, págs. 26 e 27, as concepções formal e substancial de justiça já são passíveis de serem identificadas nos diálogos platônicos, na famosa contraposição entre o justo por natureza (*phýsei díkayon*) e o justo pela lei (*nómoi díkayon*). Nesta direção, é possível identificar, a partir daí, posições que, a partir de uma concepção relativista de justiça, entendem que a ação justa é aquela que a lei determina como tal.

⁴⁵⁰ Em BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, págs. 28-34, o autor vislumbra seis possíveis ressurreições do jusnaturalismo a partir do Século XIX, como concepção filosófica capaz de fazer frente ao positivismo jurídico. A primeira, ao fim do Século XIX, com François Gény e sua Escola Científica, que apesar do nome traz como alternativa ao preenchimento de lacunas o recurso ao direito natural. A segunda ressurreição seria a “Escola da Natureza das Coisas”, de origem alemã. O curioso é que por contraditório que pareça, para os defensores desta Escola a natureza das coisas, a partir de uma construção hábil mas discutível, defendem, por fim, que da natureza das coisas são obtidas a partir de convenções sociais. A terceira ressurreição é o chamado jusnaturalismo pós-Guerra, cujo principal representante é Gustav Radbruch (o chamado “segundo Radbruch”), em muitos pontos um autor referenciado por posições ainda hoje defendidas. Em uma quarta ressurreição temos a versão de Lon Fuller, com a ideia de que existiria uma moral interna ao direito – diversa da moral positiva dos grupos sociais ou da moral crítica dos filósofos -, a qual representaria um conjunto de princípios morais implícitos ao direito. Nesta visão, bastante original, o direito natural assume uma forma puramente procedimental. Uma quinta ressurreição seria a doutrina de John Finnis, uma espécie de neotomismo na qual defende bens e valores fundamentais que influenciariam fatalmente na definição própria do direito. Por último, o autor chama de sexta ressurreição o neoconstitucionalismo, embora reconheça que essa escola tenha por escopo superar o confronto entre juspositivismo e jusnaturalismo. Esse é um tema específico que ver-se-á mais a frente.

e abertas à evolução histórica e aos valores do jusnaturalismo racionalista e crítico contemporâneo⁴⁵¹. Todavia, embora o pós-positivismo tenha vivo interesse pela reabilitação da correção moral como elemento constituinte das normas jurídicas (ao menos no sentido de que seja essa um filtro contra a imoralidade, mas não contra a amoralidade), um ponto que a nós aparece como incontestável barreira à possibilidade de que o que estamos chamando de pós-positivismo se confunda com uma concepção jusnatural, vincula-se ao fato de que a correção para os pós-positivistas não pode ter por fundamentos bases metafísicas.

Nesse sentido, a linha pós-positivista, mesmo possuindo inegável pretensão à correção moral do direito, persegue este caminho por meio de uma fundamentação não-metafísica e pós-tradicional para sua base de justiça (tal como teorizam aqueles que têm por base epistemológica, por exemplo, as linhas rawlsiana ou habermasiana de análise). Nesta perspectiva, o acolhimento a tal posição implica em um afastamento a uma postura que tem por compreensão o direito como conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis, alicerçados em teorizações metafísicas, embora entendamos que essa pretensão de correção moral esteja absolutamente submetida aos rigores da razão, ou das razões em suas várias tipologias, conforme abordaremos mais adiante.

2.4.3.2 O deslocamento da agenda de compromissos

Neste segundo ponto, ou seja, no que se refere ao que se denominou “deslocamento de agenda de compromissos”, apesar do cariz mais genérico, ocupa um espaço de fundamental importância para a compreensão do que venha a ser a mudança do temário e dos compromissos assumidos pelos autores pós-positivistas em divergência aos assumidos pelos juristas positivistas⁴⁵². Identificam-se estes temários e compromissos por meio algumas ideias basilares⁴⁵³ relacionadas, principalmente, a uma tentativa de se defrontar com o problema concernente à indeterminação e a irracionalidade do direito, das quais se destacam três: a importância fundamental dos princípios na organização do sistema e na solução dos

⁴⁵¹ Conforme LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007, págs. 43 e 44.

⁴⁵² Nesse sentido, observa-se em Casalmiglia uma análise cautelosa quando não vislumbra um rompimento total, mas “um deslocamento da agenda de problemas que interessam e, em alguns casos, a um certo distanciamento de algumas das teses que eram sustentadas de forma majoritária pelas teorias positivistas.

⁴⁵³ Segundo MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, estas seriam os eixos onde se concentram os esforços dos juristas pós-positivistas.

*hard cases*⁴⁵⁴; a relevância da dimensão argumentativa na compreensão do direito nas sociedades democráticas contemporâneas, fruto de um contexto de virada linguística; e também a reflexão profunda sobre o papel a ser desempenhado pela hermenêutica jurídica e suas consequências.

Neste sentido, o jurista aponta seu olhar não só para as referências do passado, mas também para o futuro, de forma a capacitar que os institutos jurídicos possam solucionar casos mais complexos. Embora tenhamos como convicção que efetivamente há um olhar mais atento dos pós-positivistas para com o futuro (principalmente no que se refere aos *hard cases*, fruto da complexização da vida social), não se deve desconsiderar suas preocupações também com a estrutura formal da ordem constitucional e com os procedimentos garantidores da legalidade das normas vigentes, por meio, por exemplo, da norma fundamental kelseniana, ou da norma de reconhecimento hartiana, fundamentadoras do controle de constitucionalidade da lei⁴⁵⁵.

2.4.3.3 A reabilitação da prescrição e a diluição da dicotomia descrição/prescrição

Outro ponto que nos parece de grande importância na definição das características fundamentais de uma visão pós-positivista do direito dá-se no plano de análise metodológica⁴⁵⁶, mais precisamente no que se refere ao abrandamento da famosa dicotomia descrição/prescrição⁴⁵⁷, tão veementemente defendida pelos

⁴⁵⁴ Embora em MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pág. 124, o autor se utilize do termo “princípios gerais do direito”, parece-nos que o seu intuito era fazer referência aos princípios jurídicos, como espécies normativas. De qualquer forma, entendemos que é no momento em que se discute o papel central concedido aos princípios jurídicos é que se pode, também, discutir a questão dos casos difíceis.

⁴⁵⁵ Neste ponto, não estamos de acordo quando em MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pág. 124, o autor parece afirmar que o olhar pós-positivista não volta maior atenção à estrutura da ordem legal e aos procedimentos garantidores da legalidade das normas vigentes por meio, por exemplo, da norma fundamental ou o teste do *pedigree*, como fariam os positivistas. Embora com aplicação de métodos diferentes, no que se refere a estes pontos, a preocupação da maior parte dos pós-positivistas é tão grande quanto à dos positivistas.

⁴⁵⁶ Neste ponto, não estamos em acordo com a visão presente em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporâneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007, pág.43 quando afirma que o núcleo básico das tendências pós-positivistas se pauta no plano metodológico, que propunha como tarefa da teoria jurídica o ocupar-se do direito que é e não o que deve ser. Isso porque, a mitigação da dicotomia descrição/prescrição acaba por se prorrogar com a mitigação da dicotomia entre o direito que é e o direito que “deve ser”.

⁴⁵⁷ Conforme CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa –Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.21-I, 1998, pág. 212, quando afirma que as teorias do direito tendem a oferecer não só aspectos cognoscitivos referentes a fatos sociais do passado, como também pretensões prescritivas no sentido de oferecer critérios adequados para resolver problemas práticos.

positivistas. Em uma abordagem pós-positivista - principalmente quando se está diante de *hard cases* -, tenta-se criar um elemento que relacione prescrição e descrição, por compreender que não é papel da teoria tão somente descrever o direito, mas também projetá-lo.⁴⁵⁸ Essa é uma posição teórica fundamental que assumimos por completo neste trabalho, ou seja, o papel projetante do direito, alterando a realidade.

Aliás, outra posição de grande importância no âmbito da discussão acerca da mitigação entre as posições descritivas/prescritivas é a que se refere ao papel do julgador no processo de elaboração da norma. Enquanto no positivismo jurídico esse papel lhe é praticamente negado, nas vertentes pós-positivistas há um compartilhamento da função de produção normativa entre legislador e julgador, em razão do reconhecimento da impossibilidade do agente legiferante produzir normas para todas as novas situações que vão acontecendo no âmbito da realidade contemporânea.

A mitigação de posições descritivas e prescritivas, na verdade, norteia alguns dos mais genuínos e fundamentais embates entre posições clássicas no pensamento jurídico: de um lado uma visão mais afim ao formalismo jurídico (principalmente um formalismo de natureza normativistas) e, por outro lado, uma concepção que, mais próxima de uma perspectiva fenomenológica de análise⁴⁵⁹, privilegia a vivência e os valores que aí se produzem. É no espaço entre esses dois polos que gravitam as diversas correntes do pensamento jurídico, sendo que, se podemos considerar que as concepções positivistas parecem melhor se identificar àquelas relacionadas ao formalismo jurídico⁴⁶⁰, não podemos negar que as teorias

⁴⁵⁸ Conforme CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa –Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.21-I, 1998, pág. 211, quando o juiz utiliza outros elementos para resolver casos difíceis, não apenas está aplicando o direito mas inventando-o. Essa é uma perspectiva do existencialismo jurídico apontada em NEVES, Castanheira A. *A Crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a Possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁴⁵⁹ E aqui não estamos confrontando o formalismo a teses anti-formalistas mais extremadas, de cariz sociológico ou historicistas, mas tão somente aquelas que não deixam de ser sensíveis a perspectivas de análise dos contextos sociais e culturais, que contaminam, inclusive, os modelos de investigação científica. Nesse sentido, entendemos que a análise destes contextos devem ocupar um papel de relevo na reflexão epistemológica. Parece essa posição aproximar-se da defendida em SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 16ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010, pág. 30.

⁴⁶⁰ O problema da pluralidade de significações que assumem alguns termos fundamentais é, por vezes, muito mais difícil de ser contornada do que o problema observável a partir da ausência de definição. É o caso da terminologia “formalismo jurídico” que, segundo se observa em BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, págs. 64-83, pode assumir quatro sentidos, dependendo do ângulo de análise. Assim, mesmo que o reconheçamos como uma concepção formal da justiça (legalismo), ou como ciência formal, ou mesmo como interpretação formal do direito (a prevalência da interpretação lógico-sistemáticas sobre as histórica e teleológica), a verdade é que neste caso referimo-nos fundamentalmente ao normativismo, como concepção formalista que, separando os âmbitos da moral e do direito, preocupa-se exclusivamente com a forma do direito e não com o seu conteúdo. É bem verdade que, afora esses sentidos concedidos por Bobbio, podemos identificar um outro, mais

pós-positivistas, deslocando-se em direção oposta, privilegiará os espaços vivenciais. Aliás, não se pode deixar de ressaltar, também, que na esteira do que foi afirmado no Capítulo 1, nossa tradição jurídica, mesmo quando atrelada a posições positivistas, deu grande ênfase a esta vertente fenomenológica.

A questão que circunstancia essa relação entre descrição e prescrição é a mais nuclear dentre aquelas que separam o positivismo jurídico daquilo que aqui estamos denominando como pós-positivismo. Não nos parece que seja a uma possível desconsideração da dimensão justiça (em sua perspectiva substancial) - conforme apontado por muitos daqueles que aproximam as posições pós-positivistas e jusnaturalistas – a razão maior da crise do positivismo. Até mesmo porque, apoiamos aqueles que afirmam que os valores igualdade e segurança – fundamentais em qualquer concepção jurídica – têm seu peso reforçado nas mais conceituadas posições positivistas⁴⁶¹.

O problema maior, nesta direção, situa-se na dificuldade de resolver os cada vez mais frequentes *hard cases*. A falta de instrumental teórico para escapar da subjetividade do julgador parece evidenciar-se nesse *gap* entre descrição e prescrição, tão cultuado nas vertentes positivistas. Por outro lado, a suavização desta dicotomia no pós-positivismo possibilita uma abertura teórica que permite a criação de um aparelhamento teórico que, almejando reduzir ao máximo os efeitos da subjetividade, enfatiza os elementos racionais que devem guiar o julgador no processo de produção da norma (correta), quando o sistema legal, em sua possível vacuidade⁴⁶², deixa de oferecer uma solução para o caso em análise.

Não se quer com a crítica à incapacidade do positivismo jurídico de oferecer solução aos casos difíceis atacar a institucionalização do direito por meio das fontes típicas da tradição de *civil law*. Porém, o foco pós-positivista, ao mitigar a importância das fontes descritivas do passado, aponta para a direção da construção

explorado na atualidade, que contrapõe uma perspectiva formalista à uma perspectiva cética. A primeira, que tem em Dworkin seu principal expoente, defendendo que o caso concreto pode ter tão somente uma única solução correta, sendo que para a denominada corrente cética, ao contrário, entendem que cada caso concreto pode comportar mais de uma solução correta. Cumpre lembrar, então, que o formalismo também pode ser analisado segundo a justiça como legalismo (quando ato justo é considerado aquele em conformidade com a lei), como normativismo (quando se enxerga o direito como uma forma geralmente constante, em detrimento do seu conteúdo), como conceitualismo jurídico (quando o direito é analisado sob a forma lógico-sistemática) e, no âmbito da interpretação. Neste caso, é de se observar que justiça confunde-se com validade.

⁴⁶¹ Nesse sentido, por exemplo, BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011, pág. 105, quando afirma que a o positivismo se liga a valores como da legalidade, certeza, ordem. Lembra, inclusive, que “*del resto positivismo giuridico e concezione democratica dello stato hanno avuto nel pensiero del Kelsen un’unione personale, che dura tuttora.*”

⁴⁶² Vacuidade legal, mas não jurídica.

de instrumentos metodológicos capazes de subsidiar o juiz na construção de normas (prescritivas) e solucionar casos não previstos pelo legislador ordinário, em razão de sua impossibilidade de prever o futuro.⁴⁶³

2.4.3.4 A superação teórica das escolas juspositivista

No processo de formulação dos marcos teóricos do que vem se chamando pós-positivismo, uma das discussões que ainda emerge e é objeto de grande controvérsia, diz respeito à relação de proximidade ou distanciamento que o pós-positivismo mantém com o positivismo jurídico ou com o jusnaturalismo. Dependendo do autor que realiza a análise, as várias versões pós-positivistas nos direcionam ora para um lado, ora para o outro.

Há quem afirme que tanto Bobbio - como já tivemos a oportunidade de ver -, mas também Hart, já identificavam entre versões do positivismo jurídico, algumas coincidentes com as ideias defendidas pelos pós-positivistas⁴⁶⁴. Essa é uma posição que não compartilhamos, já que consideramos que alguns dos conceitos mais fundamentais do positivismo jurídico como, por exemplo, a separação entre direito e moral são incompatíveis com o núcleo teórico defendido pelo que denominamos por pós-positivismo.

Cabe, neste momento, uma rápida, mas elucidativa, explicação. Uma situação é defender que o pós-positivismo não é necessariamente um antipositivismo⁴⁶⁵, já que, no limite, é possível imaginar algumas concepções teóricas compartilhadas; outra, diferente, é afirmar que o pós-positivismo é, ainda, um positivismo jurídico. Na verdade, quando escolhemos afirmar que o pós-positivismo é mais uma posição não-positivista do que propriamente uma posição antipositivista, temos em conta que quando se caracterizam dois objetos recorrendo a termos que expressam uma oposição cabal (e a colocação do prefixo “anti” parece ter essa

⁴⁶³ É nesse sentido que em CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa –Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.21-I, 1998, pág. 212, o autor enfatiza a importância que com que o pós-positivismo olha, também, para o futuro.

⁴⁶⁴ Em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007, pág. 43, o autor defende uma visão mais aguda dessa suposta proximidade, afirmando que tanto Bobbio como Hart sustentavam a existência versões positivistas que estariam bem próximas à etiqueta pós-positivista.

⁴⁶⁵ Parece ser essa a tese defendida em CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa –Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.21-I, 1998, pág. 218. Porém, quando afirmamos que o pós-positivismo não é uma posição teórica anti-positivista vamos ao encontro da afirmação constante em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007, pág. 44, quando este entende que os pós-positivistas reduzem o alcance de sua atitude a conceber o direito como um fenômeno convencional

função) pode sugerir que eles apresentam um antagonismo de tal forma integral e cabal que em nenhum momento possam entrar em acordo.

Ora, o fenômeno jurídico pode ser observado sob uma miríade de perspectivas e, nessa direção, compreendemos que em muitas delas é possível que soluções positivistas não contraditem uma posição pós-positivistas. É o caso que ocorre quando estamos diante de situações técnicas que não envolvam nenhum juízo ético-moral. Ou mesmo, a partir de uma visão pós-positivista débil, que entende que quando um dispositivo jurídico expressa uma regra clara, com poucas sugestões semânticas, independentemente de seu conteúdo de correção moral, deve ser ele aplicado em homenagem à vontade do agente legiferante legítimo.

Porém, como parece claro, não há como concordar de forma plena com aqueles que entendem ser o pós-positivismo um legítimo herdeiro do positivismo jurídico,⁴⁶⁶ já que em alguns dos planos fundamentais de cada uma das teorizações observam-se discordâncias essenciais. Não há, porém, como negar a relação entre as duas posições, já que a maior parte das características desenvolvidas no âmbito da construção de uma teoria pós-positivista, como tal, emergem a partir das referências teóricas oferecidas pelo positivismo jurídico, mesmo que para negá-lo.

Partindo desse pressuposto, de forma analítica, poderíamos perceber o fenômeno em dois momentos: em um primeiro plano, com a formulação de uma teoria crítica, e em um segundo plano, com a formulação de proposições teóricas alternativas às formulações positivistas, que, embora genéricas, acabam por sugerir uma retificação “fundamental”⁴⁶⁷ em algumas das teses mais importantes do positivismo jurídico.

Assim, vislumbramos que o pós-positivismo é uma posição teórica autônoma, embora não a consideremos uma escola jusfilosófica do direito, mas sim uma posição crítica e genérica dirigida ao positivismo jurídico. Mesmo que o pós-positivismo, como corrente teórica tenha surgido como oposição à hegemonia do positivismo jurídico⁴⁶⁸, reiteramos, não se trata de uma posição teórica não-positivista

⁴⁶⁶ Conforme afirmado em CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa –Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.21-I, 1998, pág. 218.

⁴⁶⁷ O termo “fundamental” por nós colocado em destaque pelas aspas, tem a função de enfatizar nossa visão sobre o tema, explicitando nossa compreensão em direção à existência de uma ruptura entre um modo de perceber o fenômeno jurídico positivista e o modo pós-positivista.

⁴⁶⁸ Embora em LUÑO, Antonio E. Pérez. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007, pág. 43, deixe entender que as críticas pós-positivista recaem, principalmente, nas dimensões ideológica e metodológicas do positivismo jurídico, entendemos que as mesmas recaem também (e muito fortemente) em muitas das teses estabelecidas pela vertente teórica do positivismo jurídico, conforme vimos anteriormente.

qualquer. Situa-se a mesma em um espaço de oposição ao positivismo jurídico, todavia diverso daquele ocupado, por exemplo, pelas escolas anti-formalistas,⁴⁶⁹ e se projeta como um dos pilares em que se equilibra o neoconstitucionalismo.

2.5 O Neoconstitucionalismo: concepção constitucionalista pós-positivista do direito

Trataremos a partir de agora mais especificamente do neoconstitucionalismo, embora tudo que tenha sido dito anteriormente sirva como complemento do que agora será tratado, já que o neoconstitucionalismo⁴⁷⁰, segundo nosso entendimento, é fundamentalmente uma concepção de base pós-positivista⁴⁷¹, como temos defendido no decorrer deste trabalho.

Cabem, porém alguns esclarecimentos preliminares. Em primeiro lugar, deixe-se claro que o que denominamos por “neoconstitucionalismo” é um qualificativo que possui considerável margem de imprecisão. E isso se dá sob duas perspectivas de análise, sendo que a primeira se dá pela própria questão terminológica. “Sem ter a pretensão de retomar o tema da ausência de clareza dos conceitos que trazem na estrutura das palavras que o definem os prefixos “neo” e pós”, a verdade é que muitos autores não compreendem o que vem sendo chamado por neoconstitucionalismo como uma concepção teórico-filosófica autônoma. Não há como negar, porém, que a temática que envolve o núcleo do que iremos denominar por neoconstitucionalismo vem sendo tomado como um tema fundamental, tanto na nossa tradição de *civil law*, como na *common law*⁴⁷².

⁴⁶⁹ Com isso queremos afirmar que embora as posições anti-formalistas como, por exemplo, o decisionismo schmittiano, as escolas livre do Direito francesa (principalmente Génys), e alemã (principalmente Kantorowicz), as teorias pluralistas presentes em Duguit, Gurvitch, Hauriou e mesmo os realismos americano e escandinavo entrem em embate com o positivismo jurídico, não se pode afirmar que o anti-formalismo é uma forma de pós-positivismo. Aliás, embora seja possível perceber alguma aproximação entre algumas posições pós-positivistas e anti-formalistas, a verdade é que a maioria das vertentes desta última (como as acima apresentadas) pouca coisa têm em comum com o pós-positivismo, ao menos na perspectiva aqui apresentada.

⁴⁷⁰ Já alguma visão sobre o fenômeno tínhamos na década de 1970 quando em MACKIE, J. *The third theory of law*. In: *Philosophy and Public Affairs*. nº 7, 1977, págs. 3-16, o autor vislumbra esse *tertium genus* em relação ao positivismo e ao jusnaturalismo.

⁴⁷¹ Em POZZOLO, Susanna. *Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 16 a autora afirma que o termo quer apontar um certo tipo de antipositivismo a partir de oposições teóricas paradigmáticas (princípios vs. Regras; ponderação vs. subsunção, constituição vs. legislação, judiciário vs. Legislativo).

⁴⁷² Como lembrado em BARBERIS, Mauro. *El Neoconstitucionalismo. Third Theory of Law*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 249, outras expressões dão nomes a teorias que se aproximam do objeto de estudo do que denominamos por

Esclarecemos, então, que embora a nossa preocupação maior seja com o conjunto de teorias e métodos que estão em jogo nesse tipo de constitucionalismo desenvolvido na Europa do Pós-Guerra, e menos com a precisão da nomenclatura adotada, a necessidade de conceder um nome que abarque esse conjunto de teorias e métodos nos leva a adotar o termo “neoconstitucionalismo”. Aclare-se que tal escolha não se limita ao fato de entendermos que dentre as denominações passíveis de serem utilizadas é a que mais se aproxima do conjunto de concepções que se tenta definir⁴⁷³, mas também porque é assim que vem sendo o mesmo reconhecido no Brasil, a exemplo do que ocorre na América Latina, Espanha e Itália.

O segundo esclarecimento é o seguinte: assim como não há um positivismo, não há um jusnaturalismo, nem mesmo uma só forma de expressão do realismo, também não é possível afirmar que a concepção neoconstitucional possua uma unidade conceitual⁴⁷⁴. Isto porque a categoria neoconstitucional tem sido vista das mais diversas formas, sendo utilizada para etiquetar ideias de autores de variadas tendências⁴⁷⁵. Por isso, a possibilidade de conceber o neoconstitucionalismo como um processo dotado de unidade segue aberta⁴⁷⁶, sendo que, da nossa parte, não fazemos nenhum tipo de oposição a um argumento desta natureza. Pelo contrário,

neoconstitucionalismo no mundo anglo-saxão: *no positivism, theory of law as integraty, theory of law as interpretation, inclusive positivism*.

⁴⁷³ Neste caso, posicionamo-nos na mesma direção que POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 7.

⁴⁷⁴ Estamos neste ponto em completa concordância com o exposto pelo autor em SANCHÍS, Luis Prieto. *Réplica a Juan Antonio García Amado*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, pág. 265, quando advoga esta tese. Também, na mesma direção, POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 7; JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.) *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, pág. 238 e PINO, Giorgio. *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neoconstituzionalismo e i suoi critici*. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Vol. 56. 1, 2011, pág. 969, ver também em WWW.unipa.it/gpino/Pino.%Principi.%20ponderazione.%20e%20la%20separazione.pdf Acesso em: 13/07/2013. Ressalte-se a posição sustentada em ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Ariel: Barcelona, 2001, pág. 309, quando o mesmo cita como defensores do “paradigma constitucionalista”, na linha de Dworkin, autores como MacCormick, Raz, Alexy e Ferrajoli. As teorias desses autores, embora possam ter pontos de contato com o pensamento de Dworkin, são de tal forma díspares, que isso bem define a dimensão do problema de unidade nas linhas de pensamento do neoconstitucionalismo. De toda sorte, apenas Alexy parece estar mais próximo às teses duras do neoconstitucionalismo, sendo que os demais são conhecidos constitucionalistas, embora da chamada linha *soft*. Mais emblemático ainda é caso do grande jurista Luigi Ferrajoli que, comumente citado entre as fileiras neoconstitucionais, afirma de forma categórica ser um positivista. É o caso de se questionar se a filiação a uma determinada escola se relaciona à autotclassificação promovida pelo próprio estudioso ou à classificação conferida por seus pares.

⁴⁷⁵ Neste sentido, JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, pág. 239, para quem há ideias de variadas tendências defendida por autores que, até mesmo defendem posições incompatíveis entre si.

⁴⁷⁶ Conforme JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, pág. 238.

entendemos que se por um lado deve abarcar um conjunto de ideias e métodos que delimite uma teoria abrangente, por outro lado, consideramos interessante que essa teoria abrangente possa, por seu turno, abarcar subtipos que melhor se adequem aos sistemas que lhe utilizarão como referência.

Aliás, seguindo as linhas pretendidas por este trabalho, o neoconstitucionalismo que entendemos servir de concepção paradigmática no Brasil deve ser construído para se adequar às linhas da tradição jurídica brasileira⁴⁷⁷, que não são as mesmas de países europeus como Espanha, Itália ou qualquer dos países latino-americanos que têm prestigiado de forma mais contundente esta concepção. Na verdade, nem mesmo Portugal com quem compartilhamos boa parte de nossa história e, nos dias de hoje, fortes afinidades de pensamento no âmbito jurídico, possui uma tradição jurídica que permita, sem restrições, utilizar de uma mesma exata concepção jurídica como filtro sistêmico. Aliás, outro ponto que reforça essa posição de especificidade que assumimos é o fato de podermos qualificar o movimento (neo) constitucional brasileiro como tardio, tomando como referência os fenômenos constitucionais que emergem na Europa do Pós-Guerra.

Mas, reiteramos, isso não quer dizer que o neoconstitucionalismo seja uma etiqueta sem pretensões convergentes e que abarque ideias sem conexões. Na esteira do que afirma Jaramillo, fazendo referência à feliz expressão de Wittgenstein, estaríamos diante de uma “família” de teorias neoconstitucionais⁴⁷⁸, a qual inclui diversas variantes, mas que possui um conteúdo central identificador de um núcleo essencial capaz de estabelecer, se não uma teoria com pretensões epistemológicas, ao menos um cânone doutrinário⁴⁷⁹.

Neste sentido, ainda seguindo a visão de Jaramillo, o neoconstitucionalismo pode ser entendido mais adequadamente como uma espécie de mosaico de concepções teóricas de ordem constitucional, político e judicial, cujos

⁴⁷⁷ Fazendo-se lembrar que sempre se concede uma abertura para o diálogo fértil com outras tradições, muito mais ainda em um contexto de globalização. O que se nega é, como já foi dito no decorrer do trabalho, a importação acrítica, desvinculada de uma tradição. No caso, o que defendemos é que a moldura neoconstitucional proporciona a possibilidade de perfeita harmonização com o quadro da tradição mental e jurídica brasileira.

⁴⁷⁸ Conforme JARAMILLO, Leonardo Garcia. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CAROBELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, pág. 245. Também parece ser a posição em POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011, pág. 7, quando a autora, reconhecendo a possibilidade de existência de vários neoconstitucionalismos, entende que a escolha do termo foi afortunada.

⁴⁷⁹ Conforme JARAMILLO, Leonardo Garcia. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CAROBELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, pág. 245.

defensores pertenceriam ao que Thomas Kuhn denomina por uma específica comunidade de investigação⁴⁸⁰.

2.5.1 O neoconstitucionalismo como concepção jurídica típica

Para que nos situemos dentro das linhas que consideramos adequada, embora concordemos com a posição daqueles que entendem ser o neoconstitucionalismo uma nova teoria jurídica que se opõe a uma teoria positivista do direito⁴⁸¹, preferimos compreendê-lo em um papel mais amplo, ou seja, constitui-se ele em um novo paradigma⁴⁸². Isto porque, procura essa nova concepção superar não apenas a esgotada dialética positivismo-jusnaturalismo⁴⁸³ (sempre tão presente no contexto recente da história do pensamento jurídico brasileiro), mas também o próprio constitucionalismo liberal dos Séculos XVIII e XIX,⁴⁸⁴ enfatizando duas posições teóricas cuja força é crescente nos sistemas constitucionais contemporâneos: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional⁴⁸⁵.

Faz-se relevante ressaltar que esse neoconstitucionalismo, entre outras características que o autonomizam, constrói-se teoricamente na convergência de um jusnaturalismo continental fraco e um positivismo anglo-americano igualmente fraco⁴⁸⁶, reforçando a tese da aproximação das famílias ocidentais da *Civil Law* e da *Common*

⁴⁸⁰ Nesta direção, JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, pág. 245.

⁴⁸¹ Em SANCHÍS, Luis Prieto. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 131 e seguintes.

⁴⁸² É defendida explicitamente a posição de que o neoconstitucionalismo se apresenta como um novo paradigma a se opor às demais concepções teóricas em obras como: BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, págs. 163 e seguintes; AHUMADA, M.A. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madri: Thompson/Civitas, 2005, págs. 80-81; FIGUEROA, Alfonso García. *Principios e derechos fundamentales*. In: *Constitución y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 237 e 254 e REYES, Manuel Aragón. *La constitución como paradigma*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, pág. 40.

⁴⁸³ Em FIGUEROA, Alfonso García. *Principios e derechos fundamentales*. In: *Constitución y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 254-258.

⁴⁸⁴ Conforme STRECK, Lênio. *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 286.

⁴⁸⁵ Conforme SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, pág. 421.

⁴⁸⁶ Na linha do que é afirmado em FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 161. Nesta linha, o autor entende que o neoconstitucionalismo desenvolvido mais próximo às linhas débeis do jusnaturalismo encontra em Robert Alexy, seu maior expoente, enquanto o positivismo débil se desenvolveu no mundo anglo-saxão, a partir da insegurança que Ronald Dworkin infundiu nos adeptos do positivismo, em sua crítica à teoria positivista de Hart.

Law⁴⁸⁷. Este significativo (sob o ponto de vista simbólico) ponto de encontro entre essas duas famílias ocidentais co-irmãs segue exatamente o caminho do processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, por um lado, e a materialização da regra de reconhecimento do sistema, pelo outro lado⁴⁸⁸.

Como concepção, o neoconstitucionalismo centra-se na inteligência sistematizadora estabelecida pelo texto constitucional que tem por função, entre outras, organizar o sistema político, estabelecer direitos subjetivos fundamentais, filtrar e delimitar as fronteiras e espaços possíveis da compreensão jurídica de um dado ordenamento, por intermédio de suas normas regrativas e principiológicas, propiciando o locupletamento dos espaços vazios jurídicos que as mudanças fáticas, culturais e mentais, cada vez mais velozes, fazem surgir.

O neoconstitucionalismo é uma concepção particular, corolária da ideia de um direito submetido aos filtros impostos pela constituição, de uma forma como nunca se havia pensado antes. A rigor, embora se fale de um “constitucionalismo dos antigos”⁴⁸⁹, devemos ter em conta que por “constitucionalização” estamos nos referindo à passagem do chamado Estado Legislativo do Século XIX ao Estado Constitucional do Século XX. Assim, quando se afirma que não podemos considerar o direito do Século XIX - e por maior razão o direito dos séculos precedentes – como constitucionalizados, na verdade dizemo-lo a partir dessa visão mais abrangente. Somente quando o sistema passa a ser filtrado pela constituição (inclusive axiologicamente) é que devemos entender que se está diante deste fenômeno.

Como concepção jusfilosófica que busca ser paradigmática, o neoconstitucionalismo vem obtendo crescente destaque na América Latina, bem como em países como Espanha, Portugal⁴⁹⁰, Alemanha⁴⁹¹ e Itália⁴⁹². Todavia, como vem

⁴⁸⁷ Bem exemplifica o que acima foi dito a menção de Ronald Dworkin (tradição da *common law*) e Robert Alexy (tradição da *civil law*) serem considerados os nomes mais representativos desta etiqueta. No caso de Dworkin, embora seu nome seja bastante associado ao neoconstitucionalismo, o mesmo não só não adotou esta nomenclatura, como pouco participou da discussão realizada na Europa e na América Latina. Ressalte-se, aliás, que o vocábulo *new constitutionalism* assume nos Estados Unidos outro sentido, voltado para a esfera das discussões políticas.

⁴⁸⁸ FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 161.

⁴⁸⁹ Como referenciado em REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, pág. 30, parafraseando Benjamin Constant.

⁴⁹⁰ Sem que a doutrina portuguesa se utilize do termo “neoconstitucional” como denominação que abarque as novas teorizações constitucionais ocorridas no período do Pós-Guerra.

⁴⁹¹ Nesta direção MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pág. 142.

⁴⁹² Embora entre os italianos a tradição positivista seja não só predominante, mas bastante enraizada na forma pela qual concebem o sistema jurídico. Essa tradição encontra e resistência em nomes como, entre

sendo defendido neste trabalho, há de ser ter o cuidado com as importações acríticas e uma possível concepção adotada no Brasil. Deverá esta assumir posições teóricas que sejam compatíveis com sua tradição precedente, inclusive com o desenvolvimento de alguns institutos que sejam necessários para fazer funcionar um sistema que deve sempre almejar regular o direito de forma legítima, de forma a ser reconhecido internamente tanto por seus operadores, como pelos destinatários das normas.

Por esta razão, quando abordamos a Teoria Tridimensional, no âmbito de uma visão teórica desenvolvida a partir de uma concepção culturalista do direito, e que emerge no Brasil como síntese de uma tradição jurídica, afirmamos sua compatibilidade com a visão neoconstitucional. E isso ocorre exatamente porque esta posição (neoconstitucional) não apenas não opõe a uma visão tridimensional do direito, mas parece bem se adequar à ideia basilar de uma relação dinâmica e dialética entre as dimensões fática, axiológica e normativa.

Nesse sentido, o filtro normativo-constitucional de que falam as teorias neoconstitucionais se configuram nesta relação tensionada (dinâmica e dialética) que se dá entre a realidade fática do mundo fenomênico e os valores que circulam no âmbito de uma sociedade pluricultural. Com isso, o que se identifica é uma relação possível e complementar entre as duas concepções que, sob o ponto de vista metodológico, parecem ser plenamente compatíveis. Se por um lado se entende que o neoconstitucionalismo, sob a perspectiva metodológica, é plenamente compatível com a visão tridimensional realiana do direito, por outro lado, o tridimensionalismo oferece uma adequada metodologia para se analisar um sistema jurídico que se manifesta pela centralidade dos valores constitucionais, como forma representativa dos valores vivenciados pela sociedade brasileira⁴⁹³.

outros, Gustavo Zagrebelsky, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Mauro Barberis, Susanna Pozzolo. Conforme já informamos, apesar de uma defesa incondicional ao constitucionalismo, é difícil apontar o nome de Luigi Ferrajoli nas esteiras pós-positivistas quando o próprio a recusa, embora haja quem afirme que é uma negação sem fundamento. Neste sentido, o autor italiano prefere, em detrimento das posições neoconstitucionais, apresentar defesa ao que denomina “constitucionalismo garantista”.

⁴⁹³ Embora possa uma sociedade brasileira enfrentar problemas naturais de uma sociedade multicultural, tema bem enfrentado na perspectiva do transconstitucionalismo em NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, e de forma sintética em NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino americana*. In: *Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. I. parece-nos que os valores sociais compartilhados podem ser bem representados por aqueles estabelecidos por uma constituição democrática, aos moldes da Constituição de 1988. Nesta direção, duas concepções teóricas podem auxiliar no estudo dos valores que fundamentam a sociedade brasileira: o patriotismo constitucional habermasiano e o patriotismo republicano de Maurizio Viroli (especialmente em VIROLI, Maurizio. *For love of Country. An Essay on Patriotism and Nationalism*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pág. 170. Sobre a visão habermasiana, embora o autor tenha enfrentado a temática em diversas obras, encontramos uma síntese interessante em MICHELMAN, Frank. *Morality, Identity and Constitutional Patriotism*. In: *Ratio Juris*. nº. 3, Setembro, 2001, v. XIV, pág. 255 e seguintes, quando o

Por isso, a concepção neoconstitucional pressupõe que as fronteiras constitucionais não podem encontrar seus limites nas possibilidades linguísticas consignadas em uma visão exclusivamente analítica do direito. A feliz expressão “constituição viva”, como bem identificam alguns importantes autores⁴⁹⁴, denota a ideia de como uma constituição escrita pode ser concretamente interpretada de forma sincronicamente diversa e diacronicamente mutante⁴⁹⁵. Mas esta possibilidade hermenêutica está limitada pelas possibilidades que o mundo oferece. Com isso quer se afirmar que não apenas o texto constitucional impõe limites, mas também a realidade fática e os valores culturais vigentes formam verdadeiros freios aos impulsos interpretacionistas.

2.5.2 As características fundantes do neoconstitucionalismo

Em tempos cada vez mais relacionados a um Estado Constitucional de Direito⁴⁹⁶, a verdade é que se reclama uma nova teorização, uma nova explicação que se afaste dos esquemas do chamado positivismo jurídico⁴⁹⁷. Nesse sentido, enumeramos, então, de forma sintética, algumas das características que acabam por pressupor um núcleo fundante de ideias que caracterizam o pensamento

constitucionalista americano expõe que o patriotismo constitucional expressa um tipo de convergência cognitiva intersubjetiva vivenciada pelo povo de um país, e que expressa uma disposição motivadora para o reconhecimento de conscientemente compartilhar o sentimento de pertencimento àquela comunidade.

⁴⁹⁴ Como GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, pág. 27, ao estabelecer um rol de possibilidades para a locução “constituição em sentido material”.

⁴⁹⁵ Em GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, pág. 27, o termo por ele utilizado é na tradução espanhola “cambiante” (o que nos leva a crer que também em italiano este foi o termo por ele utilizado. Assumindo a posição do autor acerca de uma interpretação que muda no tempo, preferi utilizar o termo “mutante” para fazer alusão ao fenômeno da “mutação constitucional”).

⁴⁹⁶ Conforme explicita COGLIANDRO, Giovanni. *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pág. 301, a fórmula Estado Constitucional de Direito está no centro de um debate que não parece exaurir-se no âmbito da temática do Estado de Direito. A passagem deste Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito representou a explícita incorporação de valores morais no direito na doutrina que se desenvolveu após a Segunda Guerra. Para o mesmo autor, na pág. 319, o neoconstitucionalismo se faz porta-voz desta forma de Estado, inclusive como uma forma particular de estruturar a organização dos poderes do próprio Estado. Também é feita essa distinção no decorrer em toda a obra de RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. Milão: Feltrinelli, 2006.

⁴⁹⁷ Como bem afirma POZZOLO, Susanna. “el termino ‘neoconstitucionalismo’ será empleado para indicar una precisa prospectiva jusfilosofica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse en la corriente jusfilosofica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista.” Assim, embora entendamos que a definição mais adequada seria pós-positivista ou mesmo “nao-positivista”, a forma colocada pela autora bem explicita uma descontinuidade entre o positivismo e o neoconstitucionalismo, o que facilita a assunção deste último como concepção teórica autônoma.

neoconstitucional como concepção teórico-filosófica do direito, construído em torno às bases constitucionais do sistema. São elas⁴⁹⁸:

a) onipresença da constituição em todas as áreas do direito e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de espaços livres em favor da opção legislativa ou regulamentadora;

b) onipresença judicial no lugar de autonomia do legislador ordinário;

c) coexistência de uma constelação de valores tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si;

d) mais princípios do que regras;

e) mais ponderação que subsunção; rigidez constitucional, garantia jurisdicional da constituição;

f) força vinculante da constituição; sobreinterpretação da constituição (a possibilidade de se extrair da constituição inúmeras normas implícitas para regular qualquer aspecto da vida social e política);

g) aplicação direta das normas constitucionais; interpretação das leis em conformidade com a constituição e influência das constituições sobre as relações políticas.

Tracemos, então, alguns comentários sobre tais características, começando com aquela que é a mais percebida dentre todas, ou seja, a ideia de onipresença da constituição.

2.5.2.1 Onipresença da Constituição

⁴⁹⁸ Tais características são apresentadas fundamentalmente em SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, pág. 420-423 e em GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 50 e seguintes. Em FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág 163 e 164, o autor confirma o rol realizado por Guastini. Havendo, como não poderia deixar de ser, uma certa superposição na apresentação das referidas características, procuramos organizá-las de forma a estabelecer uma lista única, condizente com as posições adotadas pelos autores, e que parecem adequadamente complementares entre si.

As constituições hodiernas, e a brasileira de 1988 em especial, oferece denso conteúdo material composto de valores, direitos fundamentais, deveres e diretrizes aos poderes públicos, de maneira que é bastante difícil conceber um problema jurídico de mediana relevância que não encontre alguma orientação no texto constitucional. A esta presença maciça da constituição em todos os poros do sistema jurídico é que estamos chamando de “onipresença constitucional”⁴⁹⁹, já que por trás de cada preceito legal, sempre se encontra uma norma constitucional confirmadora ou contraditória, que repercute em um juízo de constitucionalidade/inconstitucionalidade. No caso brasileiro, há de se ressaltar que o fato de possuir a Constituição de 1988 um texto analítico (reconhecidamente prolixo em toda doutrina pátria), gera a possibilidade de serem filtradas todas as normas do sistema subconstitucional (o que acende inevitáveis problemas de disputa de poder entre Judiciário e Legislativo).

Há autores que denominam essa característica de “suprainterpretação da constituição”⁵⁰⁰, já que toda controvérsia poderia achar resposta em um sistema constitucional graças àqueles princípios que ampliam e intensificam a presença da Constituição em um ordenamento de forma a fazer possível uma compreensão totalizante⁵⁰¹ do ordenamento jurídico. Assim, a interpretação de uma constituição segundo esta característica é realizada de forma extensiva (daí a denominação “suprainterpretada”), de modo a dela se extrair inúmeras normas implícitas, não expressamente consignadas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida sócio-política⁵⁰².

2.5.2.2 Onipresença Judicial

Sendo a Constituição composta por um conjunto de normas que potencialmente tem o condão de gerir todos os conflitos gerados no âmbito do

⁴⁹⁹ Em SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, pág. 420-423.

⁵⁰⁰ Conforme GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 53-54 e FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 163.

⁵⁰¹ O que chamamos por “compreensão totalizante”, em FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 164, é denominado “*omnicomprensividad*”.

⁵⁰² Vale lembrar que em DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, capítulo 6 (págs. 217-249), o autor ao desenvolver a tese da única resposta correta pelo juiz Hércules esclarece que o processo de aprendizado social é subjacente ao direito compreendido como prática interpretativa e que, sendo marcado pela capacidade de corrigir a si próprio, se desenvolve ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios de moralidade política.

sistema, acaba ela por conceber um fenômeno que podemos classificar de onipresença judicial. Isto não ocorreria se a constituição tivesse como único objeto, a regulação das fontes ou, no máximo, estabelecesse alguns poucos direitos fundamentais, pois em tal caso a normatização constitucional - e, por decorrência, a garantia constitucional -, só entraria em jogo quando viesse a ser violada alguma condição de produção normativa, ou mesmo restringida alguma área de imunidade garantida.

No que se refere à onipresença judicial, esta é, então, uma decorrência natural da onipresença constitucional, abordada no tópico anterior. Isto porque, na medida em que a Constituição oferece orientações nas mais heterogêneas esferas, e considerando que estas esferas estão confiadas à garantia judicial, o legislador, é verdade, acaba por perder com o neoconstitucionalismo, natural e logicamente, sua autonomia e o quase monopólio no processo de produção do direito. O fato é que não há norma infraconstitucional que não seja, nestas “circunstâncias neoconstitucionais”, impregnada pela normatividade constitucional, o que provoca maior atuação judicial.

A decisão correta, então, é aquela que maior coerência apresenta com o sistema jurídico em sua totalidade. Para os defensores das teses neoconstitucionais, o juiz não atua como legislador, pois, ao submeter sua decisão a critérios racionais (*conditio sine qua non* para fugir a possíveis arbitrariedades judiciais), limita-se ele, tão somente, a reconhecer direitos e obrigações pré-existentes à sua vontade. O próprio Supremo Tribunal Federal já começa a fazer referência, exatamente nesse sentido, às soluções neoconstitucionais de forma a privilegiar o olhar constitucional no processo de preenchimento das lacunas do sistema.⁵⁰³

De toda maneira, não podemos deixar de apontar algumas das mais ácidas críticas que vêm sofrendo o neoconstitucionalismo, que decorrem exatamente dessa ampliação do papel do Poder Judiciário. Fala-se, cada vez mais e em todo o mundo, de uma judicialização da política, já que o papel alargado concedido aos juízes, com seus discursos mais técnicos, tende a diminuir o alcance de legitimidade do discurso político expresso pelas classes políticas tradicionais. A atuação contundente dos juízes em determinadas causas acaba por definir o que vem sendo

⁵⁰³ Refiro-me a trecho do voto-vista do Min. Luiz Fux, no âmbito da Adin nº 1923/DF, cujo teor pode ser lido no Informativo STF nº 628, quando faz referência à obra de Gustavo Binbenbojm, nos seguintes termos: “No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 307-8.

chamado por ativismo judicial, por muitos considerado uma violação ao princípio da separação de poderes. Porém, este é um tema que teremos que enfrentar, mais adiante, de forma mais acurada.

2.5.2.2.1 A garantia jurisdicional da constituição e o controle a constitucionalidade das normas

Em um quadro racional destranscendentalizado (nos termos assim definidos em Habermas)⁵⁰⁴ é colocado à disposição do Poder Judiciário um sistema que possibilita ao jurista a construção argumentativa das decisões,⁵⁰⁵ principalmente nos casos em que o ordenamento legal vigente (atentando-se ao fato de não estamos nos referindo ao sistema jurídico) não prevê soluções para a resolução dos casos concretos que se apresentam. É da própria essência do neoconstitucionalismo como concepção teórica, proporcionar ao juiz o papel de “co-elaborador” (junto ao Poder Legislativo) das normas jurídicas que regerão o sistema.

Deve-se, porém, estar atento ao fato de que os neoconstitucionalistas não defendem uma concepção antiformalista do Direito. As respostas às demandas jurídicas devem ser encontradas no interior do próprio campo jurídico. Ainda que consigam alcançar o mundo do valor e da moral, fazem-no por meio dos princípios jurídicos, que são normas positivas do sistema jurídico. Assim, os princípios encontrariam sua gênese nos valores cultivados, tanto no específico campo do direito, como no âmbito social, sendo juridicizados pela via da positivação normativa. Independentemente das críticas que possam vir a gerar a afirmação de que os princípios são valores positivados, ela tem, no mínimo, o mérito de demonstrar claramente o vínculo entre direito e valor.

Já em um plano mais específico e mais objetivo desta onipresença judicial, temos a previsão de mecanismos de controle de validade das normas do sistema, predominantemente realizado pelo Poder Judiciário⁵⁰⁶. Esse controle, realizado a partir do parâmetro estabelecido pelas normas constitucionais, faz com

⁵⁰⁴ Evidentemente, a ideia de destranscendentalização rejeita uma lógica jusnatural tradicional, que tenda a fundamentar suas razões, ou na religião, ou em um sistema de justiça que, embora de grande beleza e logicidade, não encontra qualquer suporte na experiência ou nos fatos da vida.

⁵⁰⁵ Nesta direção, em SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, pág. 423.

⁵⁰⁶ Ou, como afirmado em GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 51, semi-jurisdicional.

que a esfera judicial localize-se em lugar de inquestionável destaque em qualquer sistema que assuma predominantemente concepções neoconstitucionais.

Embora seja comum se afirmar que a função de controle, em primeiro plano, requer do Poder Judiciário uma atuação de “legislador negativo”, a verdade é que o próprio processo de controle de normas de conteúdo semântico incerto (em um sistema que abriga normas que contêm comandos normativos aparentemente contraditórios) acaba por exigir um amplo uso de técnicas interpretativas complexas, que têm como corolário conceder às esferas judiciais a possibilidade de uma atuação bastante alargada.

É verdade que essa forma de controlar varia segundo “modelos”, sendo que as especificidades de cada um deles pode potencializar ou não a participação judicial. A guisa de esclarecimento preliminar, já que abordaremos de forma mais abrangente o tema mais adiante, aponta-se como modelos paradigmáticos três tipos de controle: o *judicial review* americano (*a posteriori, in concreto*), o controle político francês (primordialmente *a priori, in abstracto*) e o controle concentrado europeu continental (*a posteriori, in concreto*). Os sistemas jurídicos particulares, conforme suas tradições e necessidades, estabelecem a organização de seus controles utilizando mais de uma dessas formas paradigmáticas, sendo que a busca por um modelo mais completo e eficaz vem fazendo com que se estabeleça uma verdadeira mistura complementar entre os diversos tipos de controle.

De toda forma, o próprio refinamento e sofisticação por que passam os diversos sistemas de controle de constitucionalidade deixa evidenciada a importância crescente da constituição como reitora sistêmica. E essa é uma situação reflexiva, pois ao mesmo tempo em que a constitucionalização do sistema implica em maior prestígio às posições neoconstitucionais, essas, por sua vez, mais potentes, reproduzem, de forma amplificada, a importância da centralidade constitucional na organização sistêmica.

2.5.2.2.2 - A interpretação conforme a constituição

Isso nos leva a outra característica corolária, ainda, desta onipresença judicial. A interpretação das normas em conformidade com a constituição⁵⁰⁷ é uma

⁵⁰⁷ Característica listada em GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 56-57.

tarefa realizada por todos os destinatários do direito, mas principalmente controlada pelas esferas judiciais⁵⁰⁸. Indo mais longe, na maior parte das vezes são as próprias cortes constitucionais que definem a extensão semântica do texto subconstitucional produzido pelo legislador, de forma a referendar algumas interpretações e negar outras tantas baseadas, sempre, naquela que julgam ser a inteligência constitucional.

Isto porque nenhum texto constitucional é dotado de uma só interpretação e a extração do conteúdo normativo presente no texto depende exclusivamente da eleição pelo juiz da norma “conforme”, que seria a interpretação correta e, por isso, adotada, e da “norma desconforme”, entendendo-a como norma inválida e, portanto, fora do sistema. A “interpretação conforme” (a *Verfassungskonformgesetzauslegung* para os alemães), na verdade poderia ser também denominada por “interpretação adequada” ou “interpretação harmonizante”, pois é exatamente aquela que adequa, harmoniza, a lei com a constituição, elegendo, em face de múltiplas possibilidades interpretativas (normativas), o(s) significado(s) que evite(m) contradição(ões) entre as normas legais controladas e as normas constitucionais paramétricas.

2.5.2.3 Coexistência de valores tendencialmente contraditórios

Já no que se refere à discussão acerca da coerência sistêmica, o neoconstitucionalismo não representa, como no constitucionalismo tradicional, um pacto em torno de alguns poucos princípios comuns e coerentes, mas sim um pacto em torno de princípios e postulados distintos e, por vezes, contraditórios, posição mais condizente às sociedades pluriculturais.

Assim, como temos afirmado, as constituições, ainda que garantam a chamada igualdade jurídica ou formal, tendem, cada vez mais, a preocupar-se em garantir a igualdade substancial ou material, principalmente em países (como o Brasil) aonde as desigualdades sociais conduzem a uma maior preocupação com esta

⁵⁰⁸ Em DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pág. 19, o autor faz a seguinte afirmação: “Em minha opinião, o conceito doutrinário de direito funciona como um conceito interpretativo, pelo menos em comunidades políticas complexas. Compartilhamos esse conceito interpretativo como em práticas políticas complexas que exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade, e utilizamos o conceito doutrinário de direito para apresentar nossas conclusões.”

vertente da igualdade que estabelece a necessidade de diferenciar os diferentes na proporção de suas diferenças⁵⁰⁹.

Esse panorama faz com que alguns críticos afirmem que a concepção neoconstitucional incentiva o aparecimento de antinomias, representando a constituição um conjunto de normas contraditórias entre si que se superpõem permanentemente, concedendo lugar a soluções díspares e, por via de consequência, ensejando insegurança jurídica. A mencionada crítica teria maior consistência se as regras constitucionais fossem do tipo norma-regra, como no caso do positivismo jurídico. Mas como em um sistema neoconstitucional, as normas de cariz principiológico predominam, a lógica que vigora é outra, conforme veremos nesta próxima característica apontada.

2.5.2.4 A importância das normas principiológicas

A proposta neoconstitucional é de que o sistema deva ser predominantemente relacionado a uma lógica de princípios. Por isso, ao revitalizar a eficácia principiológica, tida como verdadeira base da inteligência sistêmica, justifica-se a presença da dimensão valor na análise jurídica e se coliga em maior proporção a um ideal de justiça, embora não se deva desprezar o papel das regras no processo de organização sistêmica⁵¹⁰.

De toda sorte, como entre normas constitucionais não é possível aplicar os critérios hierárquico ou cronológico (já que o nosso sistema não cria hierarquia entre normas constitucionais, impossibilitando, por isso mesmo, o reconhecimento de inconstitucionalidade por parte da norma constitucional), quando o conflito entre normas-regra se apresenta, tem-se preferencialmente a aplicação do critério da

⁵⁰⁹ Isso bem pode ser analisado a partir da assunção, pela doutrina pátria, da chamada vertente material do princípio do devido processo legal, constante no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal. Originariamente o princípio era analisado somente em sua vertente formal, ou seja, a exigência do respeito aos procedimentos formais (garantias do réu). Mais recentemente, influenciado pelo instituto do *due process of law*, americano, passou-se a entender que o instituto possuiria também uma exigência de justiciabilidade (vertente substantiva), a partir da ideia de proporcionalidade (razoabilidade para os americanos). Em FERREIRA, Olavo. *O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A.V.; LENZA, Pedro. (Coords.). *Constituição Federal. 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, pág. 103. Também na jurisprudência do STF, conforme RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁵¹⁰ Esta é uma advertência feita em AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E.G.; UUSITALO, J. (Orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pág. 32, quando coerentemente afirma que a demarcação forte ou fracas entre princípios e regras como espécies normativas são problemáticas já que ambas possuem natureza deontológica, de forma que devemos, também, “levar as regras a sério”.

especialidade, sendo que uma das normas é aplicada em sua máxima dimensão normativa (o famoso “tudo ou nada” dworkiniano⁵¹¹, também adotado por Robert Alexy por intermédio dos mandatos definitivos⁵¹²).

Já quando as contradições se dão entre normas principiológicas, ambas as normas seguem simultaneamente válidas, por mais que no caso concreto (dada às circunstâncias específicas deste) uma prevaleça sobre a outra. Neste caso, cabe buscar uma relação de preponderância relativa, de uma sobre outra, que só pode ser definida no âmbito do caso concreto. De toda sorte, dada a importância assumida pelas normas principiológicas em um sistema constitucional hodierno⁵¹³, já nos adiantamos que não assumimos a posição da prevalência das normas-princípio sobre as normas-regra. Embora haja, em alguns casos especiais, base argumentativa consistente para a defesa da derrotabilidade destas em relação às normas-princípio, entendemos que o tratamento a ser dado nestes casos, como cânone a ser preferido, é aquele que entende que a norma-regra válida pressupõe a ponderação realizada pelo constituinte⁵¹⁴. Por isso, somente em situações muito especiais pode uma regra vir a ter sua incidência afastada por uma norma-princípio.

É bem verdade que estamos tomando por pressuposto haver diferença essencial entre normas-regra e normas-princípio, de forma a se caracterizar a existência uma diferença de ordem qualitativa entre normas-regra e normas-princípio. Os principais nomes a advogar por esta tese são o de Robert Alexy (para quem os princípios são mandados de otimização, enquanto as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não de forma integral), Alexander Peczenick e, embora de forma mais branda, Ronald Dworkin. Para estes, se uma regra é válida, em regra, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.⁵¹⁵

⁵¹¹ A lógica de funcionamento da norma-regra parece bem definido em COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, pág. 121, quando explica que na aplicação dos casos ocorrentes, disjuntivamente, as regras valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as outras sempre que as respectivas consequências jurídicas forem antinômicas ou reciprocamente excludentes.

⁵¹² ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997, pág. 75.

⁵¹³ É cabe aqui concordar com a posição assumida em SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pág. 215, quando afirma que a senha de identidade dessa visão neoconstitucional é exatamente aquela que tanto temia Kelsen: este não só gira em torno aos direitos, como também aos valores e princípios, de forma que sua aplicação se encontra encomendada aos juízes, principalmente aos tribunais constitucionais.

⁵¹⁴ Muito embora, não possamos deixar de concordar com AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E.G.; UUSITALO, E.G. (Orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pág. 32, o autor afirma que a tese de demarcação forte entre regras e princípios só é válida se a análise implica uma regra não ambígua em confronto com um princípio (valor) propriamente dito.

⁵¹⁵ Esta tese está presente em ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 63 e seguintes. Porém, não se pode deixar de lembrar

Não obstante essa divisão de ordem qualitativa muito auxiliada no processo classificatório e cognitivo do fenômeno⁵¹⁶, não se deve fechar os olhos às questões levantadas por juristas de peso quando afirmam que a tese de demarcação forte não é válida em nível linguístico⁵¹⁷. Isso porque, segundo esta corrente, tal demarcação pressupõe certa dose de discricionariedade⁵¹⁸, inexistindo diferença, no que diz respeito à incerteza, entre uma formulação regrativa valorativamente aberta e um princípio valorativamente aberto.

Deve-se admitir, todavia, que mesmo para aqueles que defendem que nos casos de conflito entre regras e princípios, embora *in tese* as primeiras devam prevalecer, não se deve, por outro lado, afastar a possibilidade de que haja casos em que se deva dar prevalência à norma principiológica em detrimento da norma-regra⁵¹⁹. São casos em que a chamada teoria da derrotabilidade, que parece não visualizar diferença essencial entre regras e princípios⁵²⁰, mas apenas de grau⁵²¹, parece produzir uma melhor solução teórica⁵²².

que em ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madri: Marcial Pons, 2008, pág. 43, o próprio autor afirma que a distinção entre regras e princípios é um assunto altamente abstrato da teoria geral das normas, ao mesmo tempo que possui consequências de largo alcance para a teoria do raciocínio jurídico.

⁵¹⁶ Entre os brasileiros, esta parece ser a posição de PEREIRA, Jane Reis Golçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 115, quando admite que a divisão forte permite uma fundamentação racional e coerente das decisões resolutorias dos conflitos entre normas constitucionais.

⁵¹⁷ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E.G.; UUSITALO, E.G. (Orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pág. 32.

⁵¹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Principios de derecho y discricionariedad judicial*. In: *Estudios de teoría constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 40.

⁵¹⁹ Para estes, como bem explica, a diferença entre normas é apenas de grau e, portanto, não essencial. As normas seriam, então, todas passíveis de ponderação.

⁵²⁰ Em ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 83 é lembrado que vários são os autores que entendem que a diferença é somente de grau, tal como Joseph Raz, G.C. Christie, G. Hughes, A. Simionius. Não concordando com a essa posição, temos J. Esser e Karl Larenz, para quem o fator decisivo é sua aptidão como razão de justificação.

⁵²¹ Sobre o tema da derrotabilidade (*defeasibility*), em FIGUEROA. Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, págs 200 e seguintes, o autor defende a tese de que não existe exceção à ideia de derrotabilidade das normas, pois o verdadeiramente imoral é não permitir a revisão quando for esta necessária. Mesmo diante do artigo primeiro da Grundgesetz quando afirma em seu primeiro inciso “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”, ou seja, quando se trata da inviolabilidade da dignidade humana, deve-se aceitar a derrotabilidade. O imoral não é aceitar a derrotabilidade desta norma, mas sim, usá-la como pretexto para não aceitá-la. Segundo o autor, o fato de cancelarmos a manifestação de uma disposição, não implica em cancelar a disposição. Isso é uma decorrência da ação prática.

⁵²² Um exemplo contundente parece ser o apresentado em FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, L.G. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010, págs 201-201, quando afirma que uma menina gravemente enferma necessitava urgentemente de um transplante de fígado. Como esse tipo de transplante só exigem parte do fígado do doador, faz-se possível extrair-lo de um doador vivo. Possuindo compatibilidade com a mãe, essa poderia vir a ser a doadora, mas havia um empecilho legal: a mãe era menor de idade e a legislação exigia que o doador vivo fosse maior. O juiz, a partir de uma fundamentação argumentada, autorizou a derrota da lei em face a outros princípios constitucionais. Embora o STF nunca tenha se utilizado da expressão “derrotabilidade”, é possível encontrar em dois

De toda forma, mesmo que não queiramos e não devamos estabelecer qualquer hierarquia entre princípios e regras, devemos acentuar que uma das principais tarefas realizadas pelo neoconstitucionalismo foi a de recolocar os princípios jurídicos em um lugar de centralidade no processo interpretativo do sistema. Principalmente se consideramos que a concepção clássica que unia direito e moral sempre buscou seus fundamentos nas concepções jusnaturalistas, cuja perspectiva valorativa, eram providas, no entanto, de baixa normatividade e eficácia jurídica.

Nesse sentido, é o princípio que dá razão para que se estabeleça essa ponte de rearticulação entre direito e moral, ou mesmo direito e justiça. Em posição que já se tornou clássica, Robert Alexy afirma que os princípios constituem mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto em outra perspectiva igualmente clássica Dworkin entende que os princípios são fonte de justificação moral e política vigente em uma determinada comunidade⁵²³.

Em um quadro bem sintetizado, Gomes Canotilho estabelece os seguintes critérios de consolidação das principais diferenças entre regras e princípios⁵²⁴.

- a) No que se refere ao grau de abstração, os princípios jurídicos são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das regras;
- b) No que se refere ao grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, os princípios por apresentarem vagueza e indeterminabilidade, careceriam de mediações concretizadoras (e.g. do legislador ou do juiz), enquanto as regras seriam suscetíveis de aplicação direta;
- c) No que se refere ao caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, os princípios seriam normas de natureza ou com um papel

julgados (um do TRF da 1ª Região e outro no Tribunal de Justiça de Goiás), em que se reconhece a “derrota” de normas-regra, inclusive utilizando-se os dois julgados da expressão “derrotabilidade”. São eles o TRF1 – EDAMS 5553 – GO2001.35.00.005553-9 – j.16.03.2005-6. Turma, DJ de 18.04.2005 e também o Recurso JEF n.200535007164388- TJ7GO.

⁵²³ Principalmente quando em DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral Reading of the American Constitution*. Nova Iorque: Oxford U. P., 1996, págs. 7-12, quando cita a interpretação moral da constituição. Porém, vale a pena ter em consideração o que em NINO, Carlos Santiago. *Diritto come morale applicata*. Milão: Giuffrè, 1999, págs. 50-51, o autor entende por moral, ou seja, uma moral crítica universal elaborada a partir de diversas morais positivas (estabelecidas constitucionalmente), por meio de uma discussão virtualmente infinita entre todos os interessados. Essa é uma perspectiva que será mais adiante tratada, no Capítulo 5, principalmente tendo por referência a perspectiva de legitimidade em Habermas.

⁵²⁴ Em CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, págs. 1160 e 1161. Importante ressaltar que o autor, na obra citada, assume uma posição de diferenciar qualitativamente princípios de regras (pág.1161), adotando, nesta linha, posições de Alexy e Peczenick, em maior grau, mas também Dworkin, em menor intensidade.

fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (e.g. princípios constitucionais) ou mesmo a sua importância estruturante no sistema jurídico (e.g. o princípio do Estado de Direito);

d) No que se refere à proximidade à ideia de direito, os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou mesmo na ideia de direito (Larenz), enquanto as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

e) No que se refere à natureza normogenética, os princípios se apresentariam como fundamentos de regra, isto é, seriam normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função, fundamentalmente, normogenética.

De toda maneira, o quadro acima, ao estabelecer alguns dos principais pontos que ajudam a discernir uma norma de uma regra, demonstram claramente alguns dos papéis exercidos pelas normas de caráter principiológico. Nessa linha, parecem ser funções fundamentais concedidas aos princípios a de estruturar o sistema e a de reaproximar o direito dos postulados substanciais de justiça estabelecidos por um determinado sistema jurídico específico, por meio de sua constituição.

Essa distinção é importante para os autores considerados neoconstitucionalistas, já que para estes um sistema que possui tão somente normas-regras não estaria habilitado a solucionar todas as questões que surgem no dia-a-dia dos tribunais. Seria, então, absolutamente necessário o reconhecimento da normatividade do princípio, já que possui o mesmo uma capacidade bastante superior, em relação às regras, não só de transferir valor aos sistemas jurídico, mas, principalmente, produzir juízos para uma sociedade plural e sofisticada, no que diz respeito às suas demandas.

Por isso, parece evidente que o neoconstitucionalismo, como concepção jurídica emergente, procure estabelecer uma nova teoria das fontes que, ultrapassando as limitações do legalismo positivista, abarque: a) uma nova teoria da norma, que possibilite maior relevância aos princípios jurídicos; b) uma nova teoria da interpretação, que, afastando-se de um procedimento mecanicista, não seja, por outro lado, puramente discricionário, de maneira que a interpretação constitucional possa

ser alcançada a partir de um esquema plausível e racional de argumentação jurídica⁵²⁵.

2.5.2.5 Maior utilização da ponderação do que subsunção

Decorrente da característica anterior, passamos a tratar de outra: aquela que aponta para a maior utilização da ponderação do que da subsunção⁵²⁶ no processo de definição da norma a ser utilizada. Faz-se necessário, todavia, que expliquemos, antes de tudo, o que estamos chamando por ponderação. Trata-se de um tipo de juízo que se usa para resolver antinomias de normas constitucionais, quando não é possível usar o critério da especialidade. Trata-se de um juízo complexo, que deságua em uma declaração de preferência condicionada, estabelecendo o triunfo de uma das normas em conflito no caso concreto específico, mas sem pretensão de definitividade.

A ponderação requer uma argumentação complexa, sendo que o núcleo central do juízo de ponderação consiste em conceder preferência à solução que, evitando o referido “tudo ou nada” utilizado no juízo que trata sobre o conflito entre regras, enfrente o conflito, sopesando os valores em colisão naquela situação específica. Os princípios não são normas de aplicação direta, mas sim ideias diretoras concedidas a quem irá decidir o caso concreto⁵²⁷. Atente-se que o decisor no ato de busca pela “norma” que pacifique o caso concreto⁵²⁸, deve procurar a solução que estabeleça menor lesão a uma das normas em conflito, já que *in abstracto* (referindo-nos às normas constitucionais *prima facie*), todas ostentariam igual valor.

O neoconstitucionalismo, em resumo, como concepção jurídica quer a submissão de todo o ordenamento (incluindo as regras produzidas pelo legislador

⁵²⁵ Nessa linha, SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, pág. 423.

⁵²⁶ Como bem afirma PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. In: SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, pág. 322, a ponderação cumpre a função de fundamentar aquilo que a subsunção só se afirma. Deste modo a ponderação não excluiria a subsunção, sendo que a subsunção e a interpretação necessitam da ponderação.

⁵²⁷ Essa é uma posição defendida em LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 272-274, que possui nossa adesão por entendermos que cada dia mais, a produção normativa dependerá de um trabalho “a quatro mãos” realizado tanto pelo legislador, como pelo decisor.

⁵²⁸ Esse ato de concreção é o que almeja o próprio princípio. Em feliz linguagem figurada, em HÄRBELE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pág. 101, afirma que o todo princípio almeja virar regra. Na verdade, a concreção do direito deve ser o fim último, mesmo que o próprio corpo principiológico tenha outras funções de caráter ideológico, inspirando a ordem jurídica, mas não se deve perder de vista essa relação pragmática do direito.

democrático) à constituição. Isto, não há dúvidas, gera a abertura a uma posição juducialista (em detrimento de uma linha mais legalista, relacionada à teoria da soberania popular), ao menos na perspectiva que vem sendo adotada no Brasil, que segue uma linha vinculada às tendências europeias com as quais o direito brasileiro mantém maior vinculação. Porém, como já dito antes, isso será tema a ser enfrentado com maior destaque, mais adiante.

2.5.2.6 A rigidez constitucional como marca da superior autoridade

O conceito de rigidez constitucional surgiu no espaço jurídico por proposição classificatória de James Bryce, para quem a característica específica destas constituições reside no fato de possuírem uma autoridade superior a das demais leis do Estado, e podem ser alteradas através de métodos diferentes daqueles por meio do qual são produzidas ou alteradas outros tipos normativos⁵²⁹. Com isso, confirma-se o princípio da superioridade hierárquica da constituição, tornando mais estáveis não só os princípios fundamentais reitores do sistema, mas também própria estrutura básica organizacional do Estado.

O fato de ter se tornado o modelo de constituição rígida o mais adotado no Pós-Guerra por si só já demonstra que o neoconstitucionalismo necessita, para seu reconhecimento como concepção hegemônica, que o sistema jurídico como um todo, não apenas reconheça a superioridade da constituição sobre os demais tipos normativos do sistema, como procure acentuar tal superioridade, estabelecendo um modo mais complexo e dificultoso para modificar as normas constitucionais, tendo como referência aqueles utilizados para modificar qualquer outra norma subconstitucional⁵³⁰.

2.5.2.7 A força vinculante da constituição e a aplicação direta das normas constitucionais

A ideia de que as constituições têm por função mínima tratar de matérias referentes à organização do Estado e direitos fundamentais, relacionando o

⁵²⁹ Nessa perspectiva BRYCE, James. *Studies in History and Jurisprudence*. Nova York: Oxford University Press, 1901, v. I, pág. 167.

⁵³⁰ No Brasil a rigidez constitucional está prevista no art. 60 da CF, quando estabelece um processo para modificação da Constituição mais dificultoso do que aquele a que está submetido o legislador ordinário.

Estado e seus cidadãos por intermédio de um conjunto de normas está fortemente difundida na cultura dos países que seguem uma linha constitucional-liberal. Porém, além das normas com maior grau de eficácia, existem também as normas constitucionais que possuem eficácia limitada ou diferida⁵³¹. São elas, em geral: a) normas principiológicas gerais, com menor grau de densidade, não passíveis de serem aplicadas de forma imediata, e que por esta razão exigem interpretação e concretização por meio de normas elaboradas pelo legislador e/ou pelo juiz; b) normas programáticas⁵³², que conferem aos cidadãos direitos sociais ou econômicos que não são suscetíveis de aplicação imediata, necessitando também estes de intervenção do legislador e; c) normas de princípio institutivo⁵³³, que são aquelas que contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos e entidades.

Para alguns, a forte presença deste tipo de norma acaba por fazer entender que as constituições nada mais são do que manifestos políticos, cuja concretização é tarefa do legislador⁵³⁴. Neste caso, os tribunais não deveriam aplicar as normas constitucionais – já que carentes de maior efeito imediato⁵³⁵ -, mas somente as normas que possuem regulamentação por lei.

Opondo-se a esta visão restritiva, as escolas neoconstitucionais defendem posição contrária, ou seja, a ideia de que toda norma constitucional é uma norma jurídica genuína, vinculante e, por isso, apta a produzir efeitos jurídicos, independentemente de seu conteúdo normativo ou de sua estrutura. Ainda que algumas normas possuam eficácia limitada (ou diferida), e por isso necessitem de

⁵³¹ Segundo a doutrina dominante, são aquelas que, no momento em que a Constituição é promulgada, ou entra em vigor (por via de Emenda) não possuem o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de uma lei integrativa infraconstitucional.

⁵³² São as normas de eficácia limitada (ou aplicabilidade diferida) que produzem o efeito imediato tão somente quanto a necessidade de vincular o legislador aos seus vetores. Em SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 138, o autor define normas programática como aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos e judiciários), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

⁵³³ Em SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 126, é assim definida: “São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais, o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.”

⁵³⁴ Ou, como entendem alguns, do próprio poder constituinte derivado. De toda forma, se as regulamentações são promovidas pelo parlamentar como legislador (posição que preferimos) ou como representante do poder constituinte derivado, a verdade é que a questão tem mais relevância teórica do que propriamente prática.

⁵³⁵ Em GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 53, o autor dá a entender que para estes que entendem que a constituição é mera declaração, nenhum efeito imediato seria reconhecido às normas constitucionais sem a sua devida regulamentação. Porém, é difícil admitir que a norma constitucional, no mínimo, deixe de condicionar a legislação presente e futura além de estabelecer sentido teleológico para a interpretação e integração do sistema. Aproximando-se do que aqui se afirma, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 164.

regulamentação infraconstitucional para a plena produção de efeitos jurídicos (de maneira a criar situações jurídicas subjetivas de vantagens e desvantagens), é possível verificar, no mínimo, seu potencial para condicionar a legislação presente (com a declaração de inconstitucionalidade, se desconforme) e futura (estabelecendo as fronteiras para o legislador), além de estabelecer sentido teleológico para a interpretação e integração do sistema⁵³⁶.

Tudo o que foi dito acima leva a que os neoconstitucionalistas entendam como desejável que a aplicação direta das normas constitucionais se dê na máxima extensão cabível. Assim, fundamentados na força vinculante da constituição e na potencialidade que os princípios possuem para ampliar e intensificar a presença da constituição, é possível, por via de um processo de interpretação racional, dela se extrair inúmeras normas implícitas, não expressas, todavia idôneas para regular qualquer aspecto da vida sócio-política⁵³⁷.

2.5.2.8 Influência das constituições sobre as relações políticas

Esta última característica é a mais sensível das características listadas, sendo que será objeto de maior atenção no decorrer do trabalho. Segundo Guastini⁵³⁸, esta característica pode ser dimensionada por três aspectos: o conteúdo das normas constitucionais; a postura dos juízes (principalmente aqueles pertencentes aos Tribunais Constitucionais, os juízes constitucionais); e também a postura dos órgãos constitucionais e os atores políticos no que se refere ao uso da constituição como fundamento das ações e decisões.

No que se refere ao conteúdo das constituições, esta característica trata mais especificamente da forma como a carta distribui suas competências entre os

⁵³⁶ Aproximando-se do que aqui se afirma, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 164.

⁵³⁷ O próprio vocábulo *implícito* significa algo que está contido em outro, mas não expresso claramente, ou seja, não expressamente declarado. É aquilo que existe por si só, independentemente de qualquer declaração neste sentido para o seu reconhecimento. Nestes termos, direitos implícitos são aqueles incluídos em enunciados linguísticos específicos, mas não imediatamente cognoscíveis. Vale relembrar que nenhuma disposição jusfundamental, por mais específica que possa parecer, admite que conheçamos *a priori* todas e cada uma das normas que estatui direta e indiretamente." Sobre esse tema manifestou-se o STF na RE 248.869-1, julg. 07.08.2003, que "o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é indisponível". Tratando das normas implícitas PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione, Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 2010, págs. 63 e seguintes e AZZARITI, Gaetano. *Interpretazione Costituzionale*. Turim: G Giappichelli Editore, 2007, págs. 115 e seguintes.

⁵³⁸ GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 57.

órgãos constitucionais. Assim, possíveis conflitos não podem ser tidos como desacordos políticos, mas sim assuntos “jurídicos” a serem resolvidos por órgão jurisdicional competente para fazê-lo, segundo a própria Constituição.

O segundo aspecto, certamente aquele que maiores questionamentos gera no âmbito do neoconstitucionalismo e que terá de ser enfrentado de forma mais contundente no decorrer deste trabalho, refere-se à postura dos juízes em relação às áreas geralmente destinadas à ação puramente política. Inevitavelmente uma visão neoconstitucional é geradora de conflitos entre os atores judiciais e os políticos “*stricto sensu*”, já que ambos há compartilham a responsabilidade no processo de definição conteudística do direito. O fenômeno vem sendo discutido a partir da chamada “judicialização da política”, mas, sem prejuízo das discussões que daí emergem bem poderia (também) ser denominado como “politização do direito”. Embora venhamos a retornar ao tema no Capítulo 7, façamos breves comentários.

Quem julga a constitucionalidade das normas pode adotar uma postura *self-restraint* frente às questões políticas, de forma a respeitar a discricionariedade política do legislador (afastando o que acima se chamou de “judicialização da política”) ou, ao contrário, ao colocar em discussão tais decisões legislativas, por meio de racionalizações jurídicas, que buscam construir o conteúdo de suas normas a partir do uso da ponderação, como método de sopesamento de princípios conflitantes, aproxima-se da citada judicialização da política. O neoconstitucionalismo, para o bem e para o mal, está mais próximo desta segunda visão, que nos parece inevitável.

Em um terceiro aspecto, aquele concernente à postura dos órgãos constitucionais e os atores políticos quanto ao uso das normas constitucionais como argumento para justificação de suas ações e decisões. Em um sistema em que a concepção neoconstitucional se faça hegemônica, o uso das normas constitucionais como argumento fundamentador de posições tem especial destaque como linha discursiva até mesmo para atores políticos que não façam parte do campo mais específico do direito. No âmbito do direito, por muito maior razão passa a ser um argumento incontornável, pois é ele o definidor da juridicidade da ação ou decisão em questão.

2.5.3 Os tipos de Neonstitucionalismo: uma proposta de classificação em senso “bobbiano”.

Dada à maneira como foi apresentado o positivismo jurídico no âmbito desse trabalho, entendemos pertinente apresentar breve análise do neoconstitucionalismo a partir dos parâmetros classificatórios estabelecidos por Bobbio, quando realizou esta sua análise acerca do positivismo jurídico. Neste sentido, de forma a ressaltar os indiscutíveis contrastes, e com o propósito de fazer o contraponto às três perspectivas de análise do positivismo jurídico, apresentamos as seguintes tipologias neoconstitucionais: a) o constitucionalismo metodológico, b) o constitucionalismo teórico e c) o constitucionalismo ideológico.

2.5.3.1 O Neoconstitucionalismo metodológico e sua forma de aproximação do direito.

A tese central do neoconstitucionalismo, metodológico, segundo A. G. Figueroa poderia ser formulada da seguinte forma: a constitucionalização do sistema jurídico demonstra a existência de uma relação conceitual necessária entre direito e moral.⁵³⁹ Como consequência a constitucionalização do sistema jurídico (neoconstitucionalismo) afasta de forma definitiva a visão metodológica do positivismo metodológico, que é a de separar a esfera da moral da esfera do direito, de forma que a análise do direito não tenha por objeto aspectos de justiça substantiva. Esse é o ponto.

Assim, em sistemas constitucionalizados, ou “neoconstitucionalizados” há uma relação direta entre direito e moral, já que o elemento fundamental da constitucionalização a que se faz referência é o da incorporação de conteúdos materiais ideais, mas também seu aspecto estrutural e funcional, já que os princípios⁵⁴⁰ apelam necessariamente a um ideal modulado pelas concretas condições jurídicas e materiais. Assim, a tese neoconstitucional é a de que qualquer decisão jurídica e em particular a decisão judicial, está justificada se deriva, em última instância, de uma norma moral⁵⁴¹, o que, admite-se, coloca em questão a ideia se pode ser o direito objeto de um conhecimento pela via científica.

⁵³⁹ Segundo FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 172.

⁵⁴⁰ Conforme COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 93, o autor entende que o neoconstitucionalismo metodológico considera os princípios constitucionais uma ponte que liga o direito à moral.

⁵⁴¹ Daí surgem problemas dos mais diversos acerca do que pode ser considerado uma norma moral em uma sociedade que se pauta, não apenas pela pluralidade e, consequentemente pela ausência de consenso acerca de padrões morais. A questão é levantada em COMANDUCCI, Paolo. *Formas de*

2.5.3.1.1 Entre a ciência e a filosofia: o Direito como um saber

Se o problema de definir o que venha a ser o direito já teria sido classificado como de difícil solução por alguém da estatura intelectual de Kant, pode-se imaginar o nível de complexidade que envolve os problemas que daí derivam⁵⁴². Uma questão que se põe de forma insistente nestes tempos de intenso duelo entre visões jurídicas positivistas e pós-positivistas é aquela que levanta o problema de ser ou não ser o direito objeto de conhecimento científico⁵⁴³.

No âmbito de análise de um sistema jurídico que se reconheça como positivista, é razoável que entendamos que a linha metodológica para seu estudo tenha por base a ciência. Assim, como por muitos é defendido, as análises teóricas e conceituais são realizadas a partir de pressupostos de que uma concepção positivista de direito tem sua base epistemológica em raízes lógico-científicas. Porém, sabe-se, há muito este paradigma é atacado de forma contundente⁵⁴⁴.

Porém o problema parece de difícil solução quando se está diante de sistemas cuja concepção não se identifica com posições positivistas. Poderia, nesse caso, ser o direito ainda considerado uma ciência e, como tal, analisado a partir dos critérios que se definem como científicos? Antes de tudo, devemos estabelecer com

(neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 94 e seguintes e o autor aponta quatro possibilidades de definição, sem que ele mesmo considere nenhuma das mesmas satisfatórias. A questão que se põe, então, é saber se é possível a resposta segura em uma concepção neoconstitucional, o que colocaria em jogo não só a segurança, mas também a justiciabilidade do sistema. Porém, parece-nos ingênuo pensar que autores da estatura de Dworkin, Habermas, Alexy, Nino, Ferrajoli, apenas para citar alguns dos grandes nomes que defendem a conexão entre direito e moral no nível constitucional estariam alheios a estes obstáculos que devem ser enfrentados, com dificuldades (reconhece-se), por meio do desenvolvimento de metodologias que aproximam direito e justiça substantiva, no âmbito da razão prática.

⁵⁴² “Es la dogmática jurídica una ciencia?” Esse é o título que Santiago Nino dá ao primeiro capítulo em NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Com referencia particular a la dogmática penal. México: Coyoacán, 2011, pág. 11, já deixando claro que se trata de uma pergunta ambígua, já que mais a frente entende que a dogmática é importante independentemente se da disputa entre “essência” e “persuasão”, sendo que a questão não perde o interesse, sendo possível imaginar que metodologias tipicamente científicas possam ser usadas pela dogmática jurídica. .

⁵⁴³ Em MONCADA, Luís Cabral. *Direito Positivo e Ciência do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, pág. 19, o grande jusfilósofo luso em artigo que praticamente reproduz lição proferida em 27 de abril de 1944, na Faculdade de Direito de Lisboa, afirmava que um dos mais graves problemas que o pensamento filosófico volta a pôr à filosofia do direito é o da natureza da ciência jurídica. Lembra bem, o grande autor que saber aquilo que é uma determinada ciência implica primeiramente saber, ou pelo menos ter uma noção do que é seu objeto, o que seria, portanto, um problema simultaneamente gnosológico e ontológico, ou seja, um problema do ser e do conhecer, de realidade e de conhecimento, típicos problemas da reflexão filosófica.

⁵⁴⁴ Já Nietzsche havia levantado uma questão hoje muito debatida, ou seja, a oposição entre fato e interpretação dos fatos. Neste sentido, em NIETZSCHE, Friedrich. *Fragments Finais*. Brasília: Editora da UNB, 2002, pág. 164, o filósofo afirma: “Contra o positivismo que fica preso ao fenômeno ‘só há fatos’, eu diria: não, justamente fatos é o que não há, e sim apenas interpretações.”

cuidado as balizas teóricas que demarcam, nos dias atuais, os critérios do que seja científico⁵⁴⁵, principalmente no âmbito das chamadas ciências sociais⁵⁴⁶. Nesta questão, mesmo epistemólogos de reconhecido valor não têm conseguido iluminar por completo o problema. A única certeza que parece estar recrudescendo neste mar de hesitações é que a atitude monista do naturalismo do Século XIX vem, cada vez mais, sendo superada por uma concepção pluralista, que busca por um novo conjunto de regras e procedimentos no processo de definição da ciência⁵⁴⁷.

Deixe-se claro que não se recusa de forma peremptória a possibilidade de ser o direito objeto de um método científico. O obstáculo que se opõe a tal possibilidade diz respeito à ausência de uma definição mais precisa acerca das fronteiras epistemológicas que auxiliam na demarcação, nos dias atuais, do que venha a ser ou não ciência. Outro problema que tende a obscurecer ainda mais a paisagem que se revela sobre o tema é o de que, se ainda há um razoável parcela dos juristas autodeclarados positivistas que buscam propostas metodológicas em bases epistemológicas típicas das ciências naturais, por outro lado, esta posição é fortemente refutada por alguns outros estudiosos que entendem haver um abismo entre as metodologias a serem utilizadas nas ciências ditas naturais e nas ciências

⁵⁴⁵ Conforme bem colocado em THOUIN, Marcel. *Noções de Cultura Científica e Tecnologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, pág. 21, alguns filósofos da ciência propõem critérios gerais do que venha a ser científico que são compatíveis com a maior parte das concepções racionalistas da atividade científica. Seriam eles: a não-contradição (a teoria científica não pode ser contraditória, insignificante ou absurda), a fecundidade (uma teoria científica deve fazer progredir a disciplina a qual está ligada), a analiticidade (uma teoria científica deve estabelecer estrutura analítica de relações entre os enunciados de observação, os conceitos e as leis que a constituem), a completude (uma teoria científica deve abarcar todo o campo que constitui seu domínio de estudos), a simplicidade (uma teoria científica deve permanecer relativamente simples e elegante); a limitação - ou confinamento - dos objetos (uma teoria científica deve limitar-se a um domínio de estudos bem circunscrito), a predictibilidade (uma teoria científica deve ter a capacidade de prever os acontecimentos cujo mecanismo ela pretende descrever e explicar), a verificabilidade (uma teoria científica deve ser verificável, de forma a evitar a vagueza que tornam os enunciados sempre verdadeiros). Este último, por muitos considerado insatisfatório foi sendo preterido pelo critério da falsificabilidade (ou falseabilidade ou refutabilidade), proposto por Popper, que afirma que se um enunciado existencial singular não poder ser usado para afirmar um enunciado universal, ele pode, no entanto, ser usado para mostrar que um determinado enunciado supostamente universal é falso. Ora, se alguns destes critérios podem ser assumidos como adequados para um consequente estudo de teoria jurídica (talvez os cinco primeiros), outros há que dificilmente se encaixariam como critérios adequados para o estudo do direito a partir de uma concepção normativa neoconstitucional (pós-positivista), principalmente a partir da assunção de determinados paradigmas hermenêuticos.

⁵⁴⁶ E neste caso é notório que se afastando de uma epistemologia naturalista, as explicações das ciências humanas já não partem dos mesmos pressupostos epistemológicos que partem os cientistas das chamadas ciências naturais, já que as explicações do fenômeno social têm outra natureza. Nesta direção, THIRY-CHERQUES, Hermano R. *Conceitos e definições: o significado da pesquisa aplicada nas ciências humanas e sociais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, pág. 45.

⁵⁴⁷ Conforme MIELUCCI, Albert. *Verso una sociologia riflessiva, ricerca qualitativa e cultura*. Bolonha: Il Mulino, 1998, págs. 30-31. Nessa vertente, conforme FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Lisboa: Relógio D'água, 1993, pág. 323, o autor afirma que sobre o que seja a ciência não há uma, mas várias respostas. Cada escola filosófica da ciência tem suas concepções especiais acerca da natureza das atividades científicas, existindo amplas zonas em que há alguma unanimidade dos cientistas.

sociais⁵⁴⁸. Isso nos aponta para a necessidade de apresentar alguns dos argumentos que dão base a essa afirmação.

2.5.3.1.2 A impossibilidade de compartilhamento de métodos entre as ciências naturais e ciências sociais.

Segundo vimos no parágrafo anterior, dois são os problemas que se abrem de imediato na questão que discute sobre a possibilidade de ser o direito objeto (ou não) de estudo pela ciência: a) a dificuldade contemporânea de se obter uma definição consensual do que seja ciência, quais seus métodos e, conseqüentemente, quais conhecimentos podem ser objeto desta metodologia científica e, b) o possível compartilhamento metodológico entre as ciências naturais e as ciências sociais.

Sobre o primeiro, os próprios estudiosos do campo (filósofos da ciência e cientistas, em geral), como anteriormente afirmado, não conseguiram ainda chegar a um consenso, em uma disputa em que as diversas posições podem levar a respostas muito divergentes entre si; já quanto à segunda temática, alguns posicionamentos parecem emergir como preponderantes. Passamos a tratar, então, da difícil aceitação de compartilhamento de métodos entre as ciências naturais e sociais.

Partindo-se do pressuposto de que é possível extrair alguma regularidade na natureza, as ciências naturais (que muitos denominam como “duras”) fazem generalizações a partir de fatos particulares, na sua busca pela apreensão de verdades universais. Porém, essa premissa não faz eco nas ciências sociais, pois que as circunstâncias peculiares de um momento histórico, em grupos sociais que se encontram em constante mutação (situação vivenciada pela maior parte da população mundial, que vive em sociedades caracterizadas pelo alto grau de complexidade), torna tal regularidade, mais que improvável, a nosso juízo, impossível.

Nesse sentido, coerentemente com que já foi afirmado, estando o direito absolutamente vinculado à realidade social vivenciada em um determinado momento histórico específico, não entendemos adequada à utilização de metodologias que tenham por premissas apresentar o objeto analisado um comportamento constante e regular, características não presentes nas sociedades complexas contemporâneas, cuja contínua mutação é a regra. Se nas ciências naturais as experiências em regra

⁵⁴⁸ Na linha de Popper, em BORTOLOTTI, Lisa. *Introdução à Filosofia da Ciência*. Lisboa: Gradiva, 2013, págs. 43-45, a autora apresenta uma série de pontos em que tal incompatibilidade se revela.

são passíveis de serem isoladas, de forma a se poder controlar algumas variáveis, analisando-se um número limitado de fatores relevantes, nas ciências sociais, a complexidade dos fatos sociais não permite nem isolamento, nem repetição em mesmas condições. Tal complexidade é verificada não apenas em função do fato das variáveis não poderem ser facilmente controladas (como seria possível estabelecer em situações artificiais, dentro de laboratórios), mas também em razão de sua contingência histórica, que demarca as fronteiras mentais de cada época, conforme também abordado anteriormente.

Com isso não se quer afirmar que seja impossível se estabelecer previsões no âmbito das ciências sociais. Pelo contrário, é possível, até mesmo porque não haveria razão para denominá-la “ciências sociais” se tal objetivo jamais pudesse ser alcançado. Porém, consideramos que a dinâmica social se apresenta de tal forma, que ao se fazer uma determinada previsão, é provável que, como consequência direta desta, os fatos produzidos sejam influenciados pela própria previsão⁵⁴⁹. Aliás, nesta situação teórica particular deve-se ressaltar que a relação entre a pessoa que observa um fato e o fato observado é uma questão que cada vez mais vem sendo ela própria tomada em consideração pelas ciências naturais, embora pareça-nos que esse fenômeno seja mais evidente no caso das ciências sociais, posto que o sujeito que tenta dar uma explicação para um fato social não está fora do fato, em posição neutral, mas incorporado a ele.

Uma consequência extrema desta ligação é que diferentemente das ciências naturais, nas ciências sociais o objetivo do cientista não é somente revelar verdades⁵⁵⁰, mas também originar uma nova fase de desenvolvimento social. Embora tenhamos dúvidas, pelos motivos acima apresentados, que possa ser o direito um ramo das ciências sociais, essa é uma premissa que bem caberia na visão por nós adotada acerca das funções sociais do direito: neste trabalho, não se perderá a oportunidade de se reafirmar que o direito não tem somente uma função estabilizadora

⁵⁴⁹ Bom exemplo é o apresentado em BORTOLOTTI, Lisa. *Introdução à Filosofia da Ciência*. Lisboa: Gradiva, 2013, pág. 44, quando a autora lembra, em exemplo bastante atual, que prever que um banco enfrentará uma crise financeira produz um efeito nos consumidores que acaba por tornar a situação ainda mais grave do que aquela inicialmente prevista. A reforçar essa afirmação, entendemos que o avanço tecnológico e a possibilidade de interação por meios midiáticos virtuais instantâneos e globais potencializou em escala exponencial essa possibilidade de interferência. As previsões, dependendo de quem as emita e sob que condições, tendem a alterar inexoravelmente o objeto analisado, de forma que a própria previsão é impeditiva da sua própria correção.

⁵⁵⁰ Adiantando-nos em uma temática a ser trabalhada no Capítulo 3, esta é a razão de preferirmos o termo “validade”, recusando o termo verdade no âmbito de determinação da juridicidade. Aliás, embora muitos grandes juristas utilizem o termo “verdade” para temáticas normativas (além da jurídica, também éticas ou morais), entendemos que a expressão melhor se encaixa no âmbito das ciências naturais ou mesmo no âmbito da lógica.

das relações sociais, mas também possui uma função projetante em relação a estas⁵⁵¹.

A ideia de que em física um agregado pode ser apenas a soma das suas partes, não parece estar adequada a uma perspectiva holística presente nas ciências sociais: um grupo social é sempre mais do que a soma de seus membros, já que, na direção do que vem sendo afirmado, as relações pessoais podem facilmente alterar a dinâmica comportamental do grupo. O próprio grupo, autonomizado, terá sua história, que não se esgota na soma das histórias pessoais de seus membros. Isto significa que quando se tenta explicar ou estabelecer uma previsão em ciências sociais tem-se sempre que ter em vista que acontecimentos ou interações particulares que parecem ter consequências muito limitadas e confinadas acabam por determinar alterações em toda a estrutura do fenômeno social estudado. Por isso, no âmbito dos fenômenos sociais, não se pode oferecer explicações ou previsões localizadas, havendo sempre a necessidade de se analisar a totalidade dos fatos sociais relevantes.

Assim, no âmbito da busca pelo entendimento dos fatos, se os mesmos forem naturais, provavelmente procuraremos o que os causou. Se, todavia, o objeto de estudo forem fatos sociais, nossas preocupações são também a de buscar significados e finalidades. Enquanto o primeiro objetivo - a explicação causal - pode ser posto em prática pela observação de regularidades e generalizações, neste último a compreensão requer outras ferramentas, inclusive, como levantam estudiosos do campo, imaginação e empatia.⁵⁵²

2.5.1.3 As ciências sociais em busca de novas referências metodológicas

As ciências sociais, nesta linha, vêm procurando encontrar sua identidade a partir do uso de metodologias mais adequadas aos seus objetos de análise, invertendo, inclusive, uma tendência de se deixar guiar pelas metodologias

⁵⁵¹ Neste ponto assume-se a idéia de que os valores são também produto intencional do homem e não apenas derivação aleatória da vida sócio-histórica, podendo estas, em uma linha haideggeriana de análise, tão somente limitar as possibilidades de escolha. Assim, filio-me absolutamente à tese do chamado “existencialismo jurídico”, que na esteira haideggeriana, mas também de Sartre e Jaspers compreende a juridicidade como um projeto histórico-social do homem sobre si próprio e que é resultado de uma dialética entre pressupostas condições humano-sociais funcionalmente concretas e a decisão projetante da humanidade no homem. Nesse sentido, ver NEVES, Castanheira A. *A Crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a Possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 39 e 40.

⁵⁵² Nesta direção BORTOLOTTI, Lisa. *Introdução à Filosofia da Ciência*. Lisboa: Gradiva, 2013, pág. 45.

das ciências naturais.⁵⁵³ A linguagem, por exemplo, tem exercido um papel central no processo de produção do conhecimento, substituindo a abordagem representacional de outrora. Independentemente de ser ou não classificado como objeto de estudo da ciência (social), o pensamento jurídico, neste quadro, tende hoje a reconhecer, em maior ou menor grau (mas sempre reconhecendo), o caráter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídico.⁵⁵⁴ Embora as teorias venham recuperando um *status* de importância dentro do quadro de determinação de cientificidade⁵⁵⁵, cada vez mais são elas consideradas, concomitantemente, como construções discursivas, sendo que os dados - quer os quantitativos, quer os qualitativos - assumem o papel de garantes das argumentações no processo de construção dessas teorias.

Essa nova visão acerca do que seja ciência, mais especificamente como campo de argumentação e como sistema aberto à discussão, implica, cada vez mais, a aceitação de uma dimensão multiparadigmática e multimetodológica⁵⁵⁶. Há quem defenda um ponto de vista segundo o qual a ciência é tão somente uma tradição de pensamento entre tantas outras⁵⁵⁷. Por isso, seguindo esta perspectiva mais abrangente, até seria possível defender a tese de que uma concepção neoconstitucional do direito estaria submetida a uma análise científica. Porém, retornando a uma linha argumentativa já anteriormente apresentada, a ausência de maior rigor até mesmo para uma definição do que seja a ciência em suas várias direções nos faz preferir evitar o termo “ciência jurídica” no âmbito deste trabalho.

⁵⁵³ Nessa via, as ciências sociais vêm mesmo assumindo um papel de influência sobre as chamadas ciências duras em alguns dos pontos centrais referências de suas metodologias deve-se ter em vista que uma posição como essa é defendida por alguém do prestígio de Thomas Kuhn, que assim se expressa: “Minha tese até agora foi de que as ciências naturais de qualquer período são fundamentadas em um conjunto de conceitos que a geração corrente de praticantes herda de seus predecessores imediatos. Esse conjunto de conceitos é um produto histórico, embasado na cultura em que os praticantes correntes são iniciados durante processo de aprendizado e acessível não membros somente por intermédio das técnicas hermenêuticas pelas quais historiadores e antropólogos chegam a compreender outros modos de pensamento. Algumas vezes tenho falado disso como a base hermenêutica para a ciência de um determinado período e vocês podem notar que tem semelhança considerável a um dos sentidos daquilo que já chamei por paradigma.” Em KUHN, Thomas S. *O Caminho desde a estrutura*. São Paulo: Unesp, 2006, pág. 271.

⁵⁵⁴ Percepção já presente em SANTOS, Boaventura de Souza. *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, págs. 5 e 6.

⁵⁵⁵ Conforme SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed. São Paulo: editora Cortez, 2006, pág. 26, “Ao contrário do que pensa Bacon, a experiência não dispensa a teoria prévia, o pensamento dedutivo ou mesmo a especulação, mas força qualquer deles a não dispensarem, enquanto instância de confirmação última, a observação dos factos.”

⁵⁵⁶ Neste sentido, em MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, págs. 8-9, quando afirma que “A ciência não é científica. Sua realidade é multidimensional.(...) Assim, a ciência é intrínseca, histórica, sociológica e eticamente complexa.”

⁵⁵⁷ É o caso de FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Lisboa: Relógio D'água, 1993, Capítulo 19. Neste capítulo o autor tenta mostrar que estamos enganados quando pensamos que um único método unifica todos os empreendimentos da ciência. Não há, segundo o historiador e filósofo das ciências, fatos ou modelos que possam garantir a excelência privilegiada das ciências.

Mesmo que concordemos que o Direito apresenta inequívocas proximidades com as ciências sociais (sendo que não são poucos que o admitem como uma espécie do gênero), já nos antecipamos em afirmar que não entendemos adequado submeter seu estudo a algumas das velhas premissas positivistas acerca do que seja o paradigma científico⁵⁵⁸. Por essa razão, sem tentar polemizar em uma área do conhecimento em que até mesmo os grandes estudiosos, humildemente, admitem sua dificuldade⁵⁵⁹, preferimos não tratar do direito como uma ciência, mas como um “saber”. Não um saber de qualquer tipo, mas um saber que tenha por objetivo exatamente superar a crise dos fundamentos da ciência, sem fazer concessões ao irracionalismo⁵⁶⁰.

De toda forma, a incapacidade de situar com segurança o direito na categoria “ciências sociais”, leva-nos (evitando as polêmicas laterais que poderão surgir) a situar o estudo do direito sob uma perspectiva neoconstitucional em um campo mais aberto às múltiplas análises. Isso nos leva a considerar, inclusive, análises que em geral não são aceitas por versões epistemológicas que adotam metodologias das ditas ciências duras, como a moral e a justiça, campos tradicionalmente ligados à filosofia prática. Porém, não temos a pretensão de nos afastar de algumas conquistas alcançadas por aqueles que, entendendo estar praticando ciência, deram grande contribuição à dogmática jurídica. Aliás, filiando-nos a algumas respeitáveis posições, parece-nos que a retomada da racionalidade prática na teoria jurídica é a responsável pela superação da ideia de separação absoluta entre ciência e senso comum e, principalmente, ciência e filosofia⁵⁶¹.

Por fim, à guiza de esclarecimento e seguindo nossa linha de entendimento de que o fenômeno jurídico é tridimensional, consideramos a dimensão fática como uma das componentes essenciais do fenômeno jurídico (conforme estudaremos de forma mais pormenorizada no Capítulo3). Por esta razão, a compreensão do fato social é de fundamental importância para o entendimento do

⁵⁵⁸ Em NAGEL, Ernest. *The Structure of Science. Problems in the Logic of Scientific Explanation*. Nova Iorque: Brace & World, 1961, págs. 447 e seguintes.

⁵⁵⁹ Em KUHN, Thomas S. *O Caminho desde a estrutura*. São Paulo: Unesp, 2006, pág. 272, assim se posiciona o autor: “Em ciências naturais, portanto, embora possam requerer o que chamei de uma base hermenêutica, não são, elas próprias, atividades hermenêuticas. As ciências humanas por sua vez, frequentemente o são e podem não ter alternativa. Mesmo que esteja correto, contudo, pode-se ainda perguntar com procedência, se estão restritas à hermenêutica, à interpretação. Não seria possível que aqui e ali, com passar do tempo, um número crescente de especialidades encontrasse paradigmas que viabilizassem a pesquisa normal solucionadora de quebra-cabeças? Quanto à resposta a essa pergunta, estou totalmente incerto.”

⁵⁶⁰ Seguindo a visão apresentada em JAPIASSÚ, Hilton. *O sonho multidisciplinar e as razões da filosofia*. Rio de Janeiro: Imago, 2006, pág. 93.

⁵⁶¹ Concordando com a posição presente em PEREIRA, Jane Reis Golçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 499, em suas considerações finais.

direito em si, já que fato, valor e norma se entrelaçam dinâmica e dialeticamente, nos termos estabelecidos pela teoria culturalista realiana. Por isso, independentemente de ser o direito considerado (ou não) uma espécie do gênero “ciências sociais” – problema que, reiteramos, não enfrentaremos, qualificando-o, de forma genérica, como um saber - a verdade é que o estudos dos fenômenos sociais circundantes ao direito aplicado em uma dada época, em qualquer hipótese, tem reconhecida sua grande importância no âmbito deste trabalho.

2.5.3.2 O Neoconstitucionalismo teórico

O neoconstitucionalismo teórico se mostra a vertente mais eficaz do neoconstitucionalismo, sendo que sua tese central parte do pressuposto que a constitucionalização dos sistemas jurídicos torna insustentável a infalibilidade técnica do direito e particularmente sua aplicação por subsunção. Desta forma, esta tese apresenta como consequência imediata no plano metateórico, um ataque às posições do positivismo teórico.

Em seu aspecto estrutural a constitucionalização do ordenamento põe evidenciada a insuficiência do modelo de regras para dar conta do direito. Para isso, responde apresentando como uma das espécie normativa os princípios e, conseqüentemente, evidenciando o seu aspecto funcional, a ponderação dos princípios constitucionais. Assim, o neoconstitucionalismo teórico coincide com a teoria dos valores, sendo que o balanceamento é a admissão de perda de efetividade dos cânones do formalismo jurídico⁵⁶².

Segundo analisamos anteriormente, o positivismo “como teoria”, conforme vimos, teria apresentado cinco ou seis teses fundamentais, a saber: a) a teoria coativa do direito; b) a teoria legislativa do direito; c) a teoria imperativa das normas jurídicas; d) teoria da coerência do ordenamento jurídico; e) teoria da completude do ordenamento jurídico e, por fim, f) teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito. Em relação a elas, assim se posiciona o “neoconstitucionalismo”:

2.5.3.2.1 A coação e a força do argumento

⁵⁶² Conforme COGLIANDRO, Giovanni. *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pág. 312.

No que se refere à primeira tese central do positivismo teórico, a “teoria da coatividade”, que a partir da visão de estatalidade, trata de quem deve usar a força, quando usá-la, como usá-la e em que quantidade usá-la, podemos afirmar que o foco dado pelo neoconstitucionalismo ao problema é diverso daquele dado pelo positivismo. No neoconstitucionalismo a fundamentação do uso da coação está mais relacionada à legitimidade das linhas interpretativo-argumentativas que sustentam o discurso constitucional, do que necessariamente na ênfase aos procedimentos formais que autorizam o uso da coação.

Não que a força dos procedimentos seja desimportante. Pelo contrário. Para os neoconstitucionalistas, o procedimento está voltado para reforçar ainda mais a legitimidade do processo de produção das decisões extraídas das deliberações jurídico-políticas. Porém, a dimensão substancial da norma é de grande importância, sendo que o uso da força (e este aspecto está presente de forma inequívoca) se legitima não apenas pelo respeito à aplicação da lei em sua dimensão formal, mas também pela conexão que esta possui com a justiciabilidade almejada para a solução dos casos concretos.

2.5.3.2.2 - A superação da supremacia da lei e o papel ampliado da jurisprudência como fonte do direito

No que se refere à defesa de uma específica teoria das fontes, não há dúvidas que este é um ponto de grande distanciamento entre o positivismo teórico e o que estamos chamando por neoconstitucionalismo teórico. Enquanto o positivismo teórico defende a supremacia da lei produzida pelo Estado (na figura do legislador) sobre as demais fontes, o neoconstitucionalismo estabelece a supremacia da constituição, como fonte do direito⁵⁶³, sobre qualquer outra norma, com inequívoca ampliação do papel da jurisprudência, que passa a dividir com a lei o protagonismo no processo de produção normativa do sistema.

Isso porque essa constituição se apresenta por meio do que Comanducci denomina por “modelo axiológico de constituição”⁵⁶⁴, ou seja, um conjunto de regras jurídicas fundamentais (e, portanto, fundantes dentro de todo o

⁵⁶³ Em GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, págs. 22 e seguintes, o autor, afirma esse papel exercido pelas constituições, inclusive, de forma analítica, estabelecendo várias formas como o fenômeno pode ser observado.

⁵⁶⁴ Conforme em COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 84.

ordenamento jurídico), hierarquicamente superior a todas as demais regras do sistema e que tem determinados conteúdos a que se atribuem especial valor. Em um modelo desta natureza, a constituição representa um valor intrínseco, ou seja, ela carrega um valor em si mesma⁵⁶⁵.

Nesta visão, reforça-se uma tese já exposta neste trabalho, que é a de que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário têm responsabilidades compartilhadas no processo de produção normativa. Evidentemente que o Poder Legislativo mantém a preponderância, já que é ele quem estabelece os contornos linguísticos das normas no momento da produção legislativa. Porém, apenas o apego excessivo a um modelo teórico clássico pode desconsiderar o papel dos membros do Poder Judiciário, não apenas no momento de ajustar a aplicação da norma ao caso concreto, mas também quando por obrigação constitucionalmente prevista, colmata as lacunas normativas do sistema.

2.5.3.2.3 A principiologia e a superação de uma concepção imperativa das normas

E isso se relaciona, certamente, a uma verdadeira revolução copernicana havida no âmbito da teoria das normas, com a nova visão normativa proposta pelas vertentes neoconstitucionais. Enquanto o positivismo, em sua perspectiva teórica, investiu suas fichas no reconhecimento de uma natureza fundamentalmente regrativa da norma, o neoconstitucionalismo, entendendo ser esta uma visão restritiva, enfatizou o protagonismo das normas-princípio, sem deixar de reconhecer as funções a serem exercidas pelas normas-regra, no processo de delineamento das fronteiras conteúdísticas do sistema.

É bem verdade que o debate, neste ponto, poderia inclinar-se para uma das questões mais discutidas no seio da família neoconstitucional, que é a de procurar saber se as diferenças entre normas-regra e normas-princípio são de ordem quantitativa ou qualitativa. Não é nosso intuito, todavia, dar maior relevo a esse ponto, mas sim enfatizar a revisão promovida pelas vertentes neoconstitucionais no que se refere ao próprio conceito de norma jurídica e as possibilidades metodológicas que isso oferece no processo de interpretação do direito.

⁵⁶⁵ Segundo DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonha: Il Mulino, 1994, pág. 14.

No que se refere ao fato do positivismo teórico considerar o ordenamento jurídico como um conjunto sistêmico, em sua perspectiva mais complexa, duas são as características de grande importância para tal discussão teórica do direito, visto a partir de perspectiva unitária do direito: o caráter de completude (ou ausência de lacunas), e o caráter de coerência (ou ausência de antinomias).

No que se refere à completude, é possível que não haja um afastamento amplo entre as duas posições, já que também os neoconstitucionalistas entendem que o direito não possui lacunas, mesmo nos casos difíceis. Porém, o processo pelo qual se “acha ou constrói”⁵⁶⁶ a norma faltante parece ser onde reside à diferença fundamental entre os dois sistemas. Se por um lado o positivismo teórico abre espaço para uma discricionariedade quase arbitrária do juiz nos chamados *hard cases*, o neoconstitucionalismo por outro lado, ao menos teoricamente, exigiria maior rigor no processo de determinação da regra a ser dada para a solução do caso concreto. Esta deve ser estabelecida a partir de um processo fortemente racionalizado⁵⁶⁷, que busca justificação tanto sob o ponto de vista material, mas também sob o ponto de vista procedimental.

Já no que se refere à coerência, parece-nos que o neoconstitucionalismo teórico parece reunir arsenais mais adequados que o positivismo teórico para explorar as possibilidades de desenvolvimento de um modelo fundado na coerência do raciocínio jurídico. Embora tenha que enfrentar inúmeras críticas genéricas como vagueza⁵⁶⁸, holismo radical⁵⁶⁹, incompletude⁵⁷⁰ a verdade há boas razões que reforçam posições coerentistas também no âmbito teórico do neoconstitucionalismo e, e a nosso juízo, com melhores condições de sucesso.

⁵⁶⁶ Em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág. 9, o autor bem coloca o problema quando afirma que “o debate público sobre a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito constitui, a rigor, um debate sobre se e quando essa ambiciosa pretensão é verdadeira”

⁵⁶⁷ Concorde-se com a posição apresentada em DWORKIN, Ronald. *O drama Constitucional*. In: *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 203, quando o autor afirma que se deve evitar a armadilha do ceticismo apresentado por opiniões falaciosas, que partindo do princípio de que não existe nenhuma fórmula mecânica que distinga as boas e más decisões, e como juristas e os juízes irão, por certo, divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que o outro. Neste caso o raciocínio jurídico seria uma perda de tempo.

⁵⁶⁸ Supostamente pela ausência de um conceito mais bem definido do que seja coerência, como afirmado em TARUFFO, Micheli. *La prova dei fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1992, pág. 285.

⁵⁶⁹ Conforme em AMAYA, Amalia. *La coherencia em el derecho*. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 35. Madri: Marcial Pons, 2012, pág. 71, é levantado como um dos problemas da teoria da coerência jurídica.

⁵⁷⁰ Segundo em AMAYA, Amalia. *La coherencia em el derecho*. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 35. Madri: Marcial Pons, 2012, pág. 73, as teorias de coerência seriam incompletas porque não especificam os mecanismos mediante os quais os decisores chegar a construir a interpretação do direito mais coerente ou a explicação dos fatos que melhor satisfaça os critérios de coerência.

É bem verdade que a assunção da coerência por parte dos neoconstitucionalistas passa por outra perspectiva de análise em relação àqueles que a defendem no âmbito positivista. Se estes últimos entendem que a coerência depende de se evitar a antinomia normativa, em uma teorização neoconstitucional, por outro lado, parte-se do pressuposto da incontornabilidade desta. Neste sentido, nesta segunda visão, os arranjos teóricos desenvolvidos (a partir dos princípios jurídicos) ganham grande importância, já que esse conjunto de técnicas, por via hermenêutica⁵⁷¹, busca exatamente compatibilizar normas que conflitam.

Uma das mais fortes razões para a defesa da necessidade de uma teoria coerentista no âmbito neoconstitucional é que o processo de construção de soluções pelos órgãos decisores passa necessariamente pela apresentação de justificativas coerentes em um sistema que deve se relacionar (porque admite e incentiva) com uma plural gama de valores sociais. Nesse sentido, os aspectos dinâmicos da justificação neoconstitucional (ligados como estão, como temos afirmado, a uma concepção tridimensional) tornam-se uma poderosa ferramenta para tornar alcançável a coordenação, a efetividade, a segurança jurídica a estabilidade social em um sistema jurídico⁵⁷².

Assim, se a coerência em um sistema de regras é, pela própria estrutura sistêmica, mais difícil de ser alcançada, em um sistema neoconstitucional há muito maior abertura para a construção de soluções coerentes com a principiologia sistêmica, que define a inteligência deste sistema. Aliás, esta coerência é verdadeiramente um dos vetores para o processo interpretativo. Embora haja quem afirme, com alguma razão, que a ausência de uma metodologia mais precisa nas concepções neoconstitucionais estabelece um obstáculo à consecução de coerência⁵⁷³, a verdade é que em nossa visão (que não abraça posições jurídicas não-formalistas), a coerência não é um ponto de chegada ao processo metodológico, mas sim um pressuposto epistêmico das linhas neoconstitucionais⁵⁷⁴, ao menos as que assumimos neste trabalho.

⁵⁷¹ Na linha do afirmado em GADAMER, Hans-Georg. *Texto e interpretación*. In: *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1994. Vol. 2, págs. 327-328, a interpretação é que opera a mediação, nunca perfeita, entre o homem e o mundo e só à luz da interpretação algo se converte em fatos.

⁵⁷² Conforme AMAYA, Amalia. *La coherencia en el derecho*. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 35. Madri: Marcial Pons, 2012, pág. 85.

⁵⁷³ AMAYA, Amalia. *La coherencia en el derecho*. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 35. Madri: Marcial Pons, 2012, pág. 71 e seguintes.

⁵⁷⁴ Em acordo com o que informa OTERO Y VALENTÍN, Julio. *Etiología Jurídica*. Madri: Aguilar, s/a, pág. 23, em toda discussão, alguma gramática no tema é indispensável à higiene da controvérsia.

2.5.3.2.4 - A realidade social como referência no processo interpretativo

O positivismo jurídico, ao assumir o formalismo científico, como ciência construtiva e dedutiva do direito, no âmbito da interpretação, concedeu absoluta prevalência da forma, ou seja, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas, em detrimento da realidade social que se encontra por trás dessas formas. Os aspectos sociais tem relevância mitigada, portanto.

Essa posição será fortemente criticada pela visão neoconstitucionalista, que ao adotar padrões hermenêuticos que levem em conta as alterações ocorridas no campo sócio histórico privilegia uma visão contextualizada da norma, imersa em uma realidade fática incontornável, aproximando-se, neste sentido, - se de uma perspectiva tridimensional do direito, conforme veremos um pouco mais adiante, no qual fato, valor e norma relacionam-se dialeticamente e é a realidade social que nos concede as possibilidades do direito.

2.5.3.3 O Neoconstitucionalismo ideológico

A tese central do neoconstitucionalismo ideológico é de caráter normativo e poderia se expressar assim: deve-se obediência ao direito somente se esse possui um determinado conteúdo, ou seja, se é conforme a uma constituição que, por sua vez, possui um determinado conteúdo, ou seja, é formada por um conjunto de princípios, valores, direitos fundamentais que constituem a positivação da moral crítica⁵⁷⁵. Há uma prioridade ineliminável da constituição, de seus fins e de seus valores no sistema jurídico, sendo a mesma considerada um *a priori* que condiciona moralmente o ordenamento⁵⁷⁶.

Por essa razão, a constitucionalização dos sistemas jurídicos pode excluir a existência de um dever de obediência ao direito produzido pelo legislador⁵⁷⁷. Reportando-nos ao anteriormente analisado, o positivismo ideológico é fundamentado por meio de dois tipos de argumentos, conforme vimos: o direito positivo é justo pelo fato de ser positivo - ou seja, pelo fato de ser emanado por uma vontade dominante,

⁵⁷⁵ Conforme COMANDUCCI, Paolo. *Il neocostitucionalismo ideológico*. In: CORTÉS, Isabel Fanlo; MARRA, Realino. (Orgs.). *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2008, pág.143, é a posição assumida em Dworkin (autor cognitivista), mas certamente não apoiada por Ferrajoli (não-cognitivista).

⁵⁷⁶ Conforme COGLIANDRO, Giovanni. *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pág. 312.

⁵⁷⁷ FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 171.

de forma que o critério para julgar a justiça ou injustiça da norma acaba por coincidir perfeitamente com aquele que vem empregado para julgar a validade ou invalidade normativa; e o direito, como conjunto de regras impostas pelo poder que detém o monopólio da força em uma determinada sociedade, serve para atingir certos fins desejáveis, como a ordem, a paz, a certeza e, em geral, a justiça legal, somente pela sua própria existência, independentemente do valor moral de suas regras.

Pelo exposto, da tradução metateórica das formulações acima é possível aferir o seguinte: a (neo) constitucionalização dos sistemas jurídicos é incompatível com o positivismo ideológico. Isto porque, o neoconstitucionalismo ideológico, pondo em segundo plano o objetivo da limitação do poder estatal - ideia central no constitucionalismo dos Séculos XVIII e XIX (motivo pelo qual, reiteremos, devemos distinguir o constitucionalismo do neoconstitucionalismo) -, situa o objetivo de garantir direitos fundamentais⁵⁷⁸, em um plano superior. Essa decisão faz com que esses direitos fundamentais se tornem, então, limites às vontades legislativas que, ao expressarem a vontade das majorias, podem, por vezes, violar direitos legítimos das minorias.

Tradicionalmente, o neoconstitucionalismo em sua vertente normativa põe em relevo que nem todo direito do legislador deve ser obedecido. Mas isso não significa necessariamente uma postura antiformalista, já que, ao abrigo do constitucionalismo, é possível reforçar um dever de obedecer ao direito na medida em que a constituição e o direito impregnado ou irradiado pela mesma coincidem com os critérios últimos da avaliação moral das normas. Dito de outra forma: não se pode extrair o entendimento de que se possa questionar a obediência às normas jurídicas constitutivamente corretas. O neoconstitucionalismo, assim, funda uma obediência *prima facie* ao direito construído a partir de uma ética comunicativa que, por definição, não pode ser forte. Nessa linha, esta é a razão pela qual concordamos com a distinção que se pode perceber entre democracia procedimental sem vínculos substanciais (típica do positivismo ideológico) e a democracia procedimental com vínculos substanciais, típica do neoconstitucionalismo ideológico⁵⁷⁹, vertente com a qual tendemos a concordar.

O neoconstitucionalismo, em sua versão ideológica, não se limita a descrever as realizações do processo de constitucionalização, mas valora os mesmos

⁵⁷⁸ Conforme COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 143.

⁵⁷⁹ Em COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 144.

de forma positiva, defendendo sua amplificação, principalmente o mecanismo de defesa dos direitos fundamentais.⁵⁸⁰ Neste sentido, é possível afirmar que nos ordenamentos constitucionalizados e democráticos contemporâneos é possível que possa subsistir uma obrigação moral de obedecer à constituição e também às leis que são conforme a constituição⁵⁸¹, o que nos levaria a uma analogia com o positivismo ideológico do Século XIX que apontava para a obrigação moral de obedecer à lei. De toda sorte, uma visão mais ampliativa nos leva a dizer que para os neoconstitucionalistas o dever de obediência deve ser prestado ao direito e não à lei.

2.5.4 O neoconstitucionalismo e sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro

Utilizando como referência os modelos analíticos específicos de neoconstitucionalismo acima analisados, entende-se que no panorama específico do sistema jurídico brasileiro é possível assumi-lo em todas as suas vertentes, ou seja, nas versões ideológica, teórica e metodológica⁵⁸². No caso da vertente ideológica, a qual estabelece a constituição como “elo normativo-conteudístico”⁵⁸³ que liga a política ao direito essa situação é ainda mais evidente, já que o alto teor programático e compromissório da Constituição de 1988 tende a acentuar esse traço.

No que se diz respeito à vertente teórica, o modelo constitucional brasileiro estabelece, concomitantemente, não apenas as condições de leitura do modelo neoconstitucional, mas, ao mesmo tempo, apresenta as condições para a superação do positivismo e suas concepções teóricas fundantes, principalmente com o

⁵⁸⁰ Conforme afirmado em COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 86, vale a pena realçar que as atividades do legislativo e do judiciário estejam diretamente encaminhadas à concretização, atuação e garantia dos direitos fundamentais, previstos na constituição.

⁵⁸¹ Neste sentido, estranha-se a afirmação constante em FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág. 171, quando afirma que “la constitucionalización de los sistemas jurídicos excluye la existencia de un deber de obediencia al Derecho.” As versões neoconstitucionalistas consequentes não admitem a violação do direito. Se muito, pode-se falar em uma superação da lei (sua derrotabilidade), mas sempre com fundamento mais amplo no próprio direito.

⁵⁸² Posição constante em STRECK, Lênio. *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 285-286. Embora o autor posicione-se em relação ao neoconstitucionalismo, de forma geral, pode-se assumir essa posição com maior segurança para a realidade brasileira, ou mesmo para aquilo que entendemos ser o “neoconstitucionalismo brasileiro”, no âmbito de suas especificidades, já que mergulhado em uma realidade particular, como já tivemos a oportunidade de tratar.

⁵⁸³ Em STRECK, Lênio. *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 285-286, o autor faz referência a um elo conteudístico, mas entendemos que esse elo é feito pela via normativa, embora o conteúdo material garanta a perspectiva ideológica.

reconhecimento do caráter principiológico-normativo por todo o universo jurídico brasileiro. Este fato gera repercussão não apenas no processo da prática jurídico-constitucional brasileira, mas também gera efeitos colaterais de enorme repercussão no campo da reconstrução das linhas teóricas do direito brasileiro em geral, com o reconhecimento da norma-princípio como instrumento técnico adequado para conectar direito e justiça, em sua vertente substancial, de forma a recolocar o direito brasileiro de volta ao caminho de suas raízes tradicionais mais profundas.

Esse último argumento nos antecipou a questão basilar do neoconstitucionalismo metodológico, de forma a mostrar que as subdivisões analíticas se tocam. O neoconstitucionalismo reconecta direito e moral, seja a partir do argumento acerca da tese da co-originalidade entre esses (direito e moral), seja pela defesa do papel corretivo que a moral passa a assumir nesse novo modelo. Poder-se-ia dizer que se trata de uma conexão contingente (defendida pelo positivismo inclusivo) em razão da Constituição de 1988 trazer em seu corpo normativo de regras e princípios conteúdo com alta carga axiológica.

Atente-se, porém, que embora o texto constitucional de 1988, com o sua textura aberta aos princípios de justiça, auxilie no processo de afirmação do neoconstitucionalismo, é a concepção neoconstitucionalista, a partir de suas características mais marcantes, que permite que a constituição seja lida de forma moral. Trata-se de uma relação reflexiva entre a Constituição e o neoconstitucionalismo, em uma conjunção favorável a ambos: se o neoconstitucionalismo encontra campo normativo fértil na Constituição de 1988 para se impor como concepção hegemônica, por outro lado a Constituição só pode encontrar sua máxima eficácia normativa no âmbito de uma concepção neoconstitucional, que acentua e potencializa suas funções normativas e de filtro do sistema.

Isso se reflete fortemente no papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente no contexto da analítica Carta de 1988. É difícil imaginar que exista matéria minimamente relevante que, em tese, não encontre sua fundamentação na Constituição. Até mesmo porque, a plasticidade e elasticidade inerentes aos princípios acaba por estender os limites semânticos da Carta, de maneira a atingir e controlar uma enorme gama de possibilidades fáticas.

Nessa direção, é normal que ocorram divergências entre os poderes Legislativo e Judiciário, mais precisamente o STF, já que o poder de legislar do

Congresso Nacional é mitigado pelo poder de controlar a constitucionalidade dos atos produzidos pelo Poder Judiciário (principalmente), estando o Supremo Tribunal Federal à frente neste processo. Esse fenômeno exaltado por uns, criticados por outros geram duas consequências imediatas: a primeira, que vem recebendo a alcunha de “judicialização da política”, diz respeito aos sistemas tradicionais da política sendo regulados pela técnica jurídica. A segunda, que ocorre de forma concomitante e é o outro lado da mesma moeda, é um fenômeno que começa a ser conhecido por “politização do Judiciário”, já que a abertura semântica das normas parece oferecer um espaço exacerbado de escolha aos magistrados. Essas parecem ser decorrência natural e incontornável de sistemas nos quais o neoconstitucionalismo seja hegemônico como concepção filosófica do sistema.

Trata-se, porém, de uma questão de busca pela legitimidade no processo de produção normativa. Afinal, quem faz a norma: quem define seu texto ou quem interpreta seu sentido? A ocupação de determinados espaços no processo de elaboração da norma, que no direito brasileiro tradicionalmente foi dado ao Poder Legislativo, não o é em tradições de *common law*, no qual a confiança depositada no juiz é maior do que a confiança depositada no político. Essa é uma questão sensível e será o tema de maior aprofundamento em momento posterior. Por isso não cabe adiantarmo-nos.

De toda forma, a uma possível crítica de judicialização da política e de deslocamento do poder (com possíveis repercussões sobre a existência de *déficit* democrático), o próprio sistema antecipa-se e procura mitigar introduzindo “novos” institutos como a súmula vinculante (no âmbito da aproximação do sistema brasileiro ao sistema de *common law*) e o *amicus curiae* que, juntamente com as audiências públicas, reforçam a ideia de busca por uma racionalidade jurídico/constitucional que satisfaça a ampliação e o aperfeiçoamento do regime democrático.

Cono já foi dito, o neoconstitucionalismo é uma expressão de uso recente e que não se encontra ainda consolidada. É construído, como já afirmado, a partir do termo “constitucionalismo”- também esse possuidor de vários significados⁵⁸⁴ -, o que nos permite enxergar sua autonomia em relação ao conceito de pós-positivismo,

⁵⁸⁴ Em BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, pág. 174 o autor apresenta três sentidos: a) como antigo ideal político do governo do direito (e não dos homens); a ideia típica do liberalismo dos Séculos XVIII e XIX, como governo do direito por meio de uma constituição que limitasse os poderes dos governantes, e c) o próprio neoconstitucionalismo, com as características que serão analisadas a seguir.

embora os espaços de intercessão entre as noções sejam grandes. Porém, na linha daqueles que entendem ser uma concepção teórico-filosófica genérica da qual se pode enxergar alguns subtipos, passamos a traçar algumas análises de forma a testar sua compatibilidade com o pensamento filosófico-jurídico construído pela tradição, no Brasil.

2.5.4.1 Sobre a compatibilidade do neoconstitucionalismo com o tridimensionalismo realiano: uma rota para o delineamento de um neoconstitucionalismo brasileiro

Quando tratamos, no Capítulo I, do processo no qual se construiu, na linha do tempo, uma “tradição jurídica brasileira”, forjada sobre bases histórico-culturais e mentais tão específicas, concluímos que se houve um traço que pode ser estabelecido como marcante é a perene assunção do seu caráter híbrido, embora muitas vezes por tentativas de conciliações teóricas nem sempre possíveis. Seja pela impossibilidade de harmonização teórica entre as linhas “mescladas”, seja pela incompatibilidade destas construções com as realidades sociocultural e mental brasileiras, a verdade é que na maior parte das vezes esses empreendimentos foram fadados ao fracasso por buscarem consensos teóricos improváveis, como já tivemos a oportunidade de abordar.

O certo, porém, é que a cultura do hibridismo, ou mesmo de certo sincretismo jurídico, foi se consolidando e as influências foram, de toda forma, recebidas no decorrer do tempo. Mesmo que a dificuldade de se fazer um inventário de todas essas influências seja notória, de forma genérica o tridimensionalismo jurídico realeano consegue, a nosso ver, de forma bastante séria, consequente e eficaz, traduzir teoricamente essa característica do pensamento jurídico brasileiro. Concilia ele, a partir da teoria culturalista, a dimensão axiológico-moral da chamada experiência jurídica (característica, a nosso juízo, marcante no pensamento brasileiro desde o Brasil português) com as influências da dimensão técnico-jurídica, representada, principalmente, pelas inserções do positivismo normativistas kelseniano e do sociologismo presente nas correntes positivistas empiricistas, tão marcantes no Brasil.

Questão que se levanta é a de saber se há relação possível entre essa visão tridimensional do direito e as linhas fundamentais do neoconstitucionalismo.

Para realizar tal análise, apresentaremos um rol das características fundamentais do tridimensionalismo jurídico⁵⁸⁵, a fim de delimitar os termos em que se dará o exame.

2.5.4.1.1 Ideias centrais do Tridimensionalismo Jurídico

São ideias centrais da Teoria Tridimensional do Direito, definidas pelo próprio Miguel Reale, então, as que apresentamos, seguir⁵⁸⁶:

I) Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, diferentemente da tridimensionalidade genérica e abstrata, na qual caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo do fato e ao jurista da norma;

II) A correlação entre fato, valor e norma é de natureza funcional e dialética, sendo que o “momento normativo” (solução superadora nos limites circunstanciais de lugar e tempo) é resultado de uma tensão entre fato e valor;

III) A relação entre fato, valor e norma é obrigatória, não podendo as dimensões serem analisadas de forma autônoma. O estudo de qualquer uma das dimensões só pode ser realizado em função das duas demais;

IV) A norma jurídica é bem mais que uma proposição lógica de natureza ideal ou um mero instrumento técnico de medida no plano ético da conduta. É ela uma realidade cultural. É através da norma que se compõem conflitos de interesses, e se integram renovadas tensões fático-axiológicas, a partir de razões de oportunidade e prudência;

V) A elaboração de uma determinada e particular norma de direito não é mera expressão arbitrária do poder, nem tampouco resultado da objetiva e automática tensão fático-axiológica operante em uma dada conjuntura histórico-social. É ela um momento culminante da experiência jurídica, já que o poder (quer como órgão do Estado, quer como expressão do poder difuso-social, como ocorre na hipótese das normas consuetudinárias), ao elaborar a lei, está sempre condicionado por um complexo de fatos e valores;

⁵⁸⁵ Conforme afirmado em REALE, Miguel. *Fundamentos da concepção tridimensional do direito*. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo. s/ed. out/nov/dez, 1960, v. X, fasc. IV, pág. 463, “ (...) fato, valor e norma, mais que simples elementos, são dimensões que representam qualidades essenciais da experiência jurídica, pode-se dizer que todo conhecimento do direito é necessariamente tridimensional; que em cada ciência particular, o que se verifica é apenas um predomínio de pesquisas em função de uma dessas dimensões...”.

⁵⁸⁶ As características estão presentes em REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, págs. 60-63, sendo que foram reorganizadas nos dez itens estabelecidos.

VI) A norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com a abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito, já que a sentença deve ser compreendida como experiência axiológica concreta, e não como ato lógico redutível a um silogismo (como o faz os positivismos normativistas);

VII) Há uma correlação funcional entre fundamento, eficácia e vigência, cujo significado só é possível em uma teoria integral da validade do direito;

VIII) Sendo os valores fundantes do dever-ser, a sua objetividade é impensável sem ser referida no plano da história, entendida como “experiência espiritual”, na qual são discerníveis certas “invariantes axiológicas”, expressões de valor-fonte (a pessoa humana), que condiciona todas as formas de convivência jurídica ordenada (historicismo axiológico);

IX) O valor tem natureza trivalente: como fator constitutivo da realidade histórico-cultural, prisma de compreensão da realidade por ele construída e razão determinante para a conduta. Por isso reflete em seu dinamismo a historicidade do homem, único ente que é, enquanto *deve ser*, sendo o valor da pessoa humana a condição transcendental de toda experiência ético-jurídica.

X) O tridimensionalismo pressupõe uma reflexão transcendental de tipo crítico-histórico, baseada na correspondência entre a intencionalidade da consciência e o significado das “intencionalidades objetivadas pela espécie humana no processo da experiência histórico-cultural”.

2.5.4.1.2 O neoconstitucionalismo é tridimensional?

Apresentada algumas das características centrais do neoconstitucionalismo e também da Teoria Tridimensional do Direito, duas questões podem ser apresentadas sobre a questão, no que se refere a potencial relação que as duas teorias podem manter entre si: até que ponto é possível afirmar que o neoconstitucionalismo pode ser analisado sob uma perspectiva tridimensional? Mais: até que ponto pode o neoconstitucionalismo adequar-se a uma perspectiva tridimensional dinâmica e dialética como a propõe o tridimensionalismo realeano? Se a resposta da primeira pergunta parece ser mais fácil respondida, a segunda pode necessitar de maior carga argumentativa. Iniciemos pela primeira, então.

2.5.4.1.3 O neoconstitucionalismo como concepção tridimensional

No que se refere a ser ou não o neoconstitucionalismo uma concepção tridimensional do direito, uma análise superficial acerca das características apresentadas de ambas as linhas teóricas leva-nos, no mínimo, a admitir se tratar de uma concepção capaz de, sem maiores problemas de ordem metodológica, assumir uma versão tridimensional. Porém, uma análise mais vertical sobre a temática nos leva ainda mais longe: entendemos mais correto afirmar de forma incisiva que se trata de uma concepção necessariamente tridimensional, por explicar o fenômeno jurídico por meio das dimensões normativa, valorativa e fática.

Se tivéssemos que submeter sob análise todas as versões filosófico-jurídicas, a dimensão geradora e envolta nas maiores controvérsias certamente deveria ser considerada a dimensão axiológica (ou valorativa), já que as escolas positivistas entendem ser esta dimensão, na melhor das hipóteses⁵⁸⁷, meramente contingente como participante no processo de avaliação acerca da validade normativa. Neste sentido, considerando que as concepções neoconstitucionalistas traçam como característica inescapável a relação entre direito e moral (que poderíamos considerar como justiça no âmbito substancial), é conclusão evidente que tais concepções (neoconstitucionais) não apenas admitem, mas reconhecem a necessidade de que a dimensão valor seja levada em consideração na análise do fenômeno jurídico. É, aliás, uma *conditio sine qua non* no próprio método de análise, como visto anteriormente.

Quanto à dimensão fática, essa é também uma das dimensões inseparáveis da concepção neoconstitucional. Ao enfatizar a importância do caso concreto, do mundo circundante, possibilita-se o resgate do mundo prático (o mundo da faticidade)⁵⁸⁸. Ou seja, pela normatividade principiológica, largamente utilizada no processo de ponderação em casos concretos nos quais o julgador deve sopesar os interesses protegidos por valores conflitantes⁵⁸⁹, a facticidade acaba por ser o

⁵⁸⁷ Esse “no mínimo” refere-se às versões positivistas inclusivistas, que até admitem que uma dimensão valorativa seja levada em conta na análise do fenômeno jurídico, embora não necessariamente. Como se sabe, defendem os inclusivistas que os valores morais nem sempre são decisivos para definir e aplicar o direito, mas que as sociedades podem adotar convenções que admitam que a moral deve ser levada em conta para fins de determinação da validade e de interpretar do direito.

⁵⁸⁸ Conforme STRECK, Lênio. *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008, pág. 287.

⁵⁸⁹ É possível reconhecer tecnicamente a impossibilidade de haver “conflito” entre princípios na direção apontada por COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, pág. 123 e ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de Proporcionalidade*. In: *Revista de Direito Administrativo*. 215:151-179 (jan/mar), 1999, pág. 162. O que

parâmetro a ser utilizado como definidor do grau de aplicação de cada um desses interesses em jogo.

2.5.4.1.4 A dialeticidade e dinamicidade neoconstitucional

Mais complexa, todavia, parece ser a segunda questão, ou seja, aquela que indaga se o neoconstitucionalismo se coaduna ao tipo de tridimensionalismo pensado por Miguel Reale, ou seja, um tipo de tridimensionalismo que apresente como características a dialeticidade e a dinamicidade entre as dimensões. A suposta dificuldade para responder tal questão é apenas aparente, não constituindo verdadeiramente um problema.

A dialeticidade e dinamicidade pensada pela Teoria Tridimensional de Reale é não apenas compatível com o processo de ponderação de valores proposto pelo neoconstitucionalismo, mas é uma realidade ainda mais necessária no mundo contemporâneo do que havia sido no momento da elaboração da teoria por Reale. Evidentemente que o universo fático no qual Reale se baseou para construir sua teoria já fazia antever uma crescente velocidade nas mudanças ocorridas no mundo dos fatos, sendo que o grande jurista, certamente, foi um dos que melhor compreendeu a incapacidade das concepções jurídicas tradicionais de conceder resposta a este mundo cada vez mais veloz em suas transformações.

Assim, o neoconstitucionalismo é, como concepção do direito, também ele estruturado para se relacionar com um mundo mutante. A própria teorização circunstancial ao neoconstitucionalismo (que para fins analíticos denominamos anteriormente de neoconstitucionalismo teórico) possui poderosos instrumentos, seja no que se refere às novas teorias normativas, seja nas teorias das fontes, para correlacionar de forma dinâmica e dialética (tensional) as dimensões valorativa e fática de forma a se alcançar a norma. Por isso, é possível afirmar que uma das mais distintivas características dessa concepção é estar apta a buscar soluções jurídicas válidas e legítimas em um ambiente social e normativo no qual convivem valores conflitantes, sem que isso seja uma desvantagem, mas uma das virtudes do sistema.

verdadeiramente existiria seria uma “tensão” ou um “mal estar hermenêutico” momentâneo, que o operador jurídico *prima facie* ao verificar sua existência, traria a solução para sua superação no decorrer do processo de aplicação do direito.

2.5.4.1.5 O tridimensionalismo realiano pode ser neoconstitucional?

Essa é uma questão de menor importância (ou mesmo desimportante) em relação às anteriores, pois a concepção teórica que chega (neoconstitucionalismo) é que, segundo a visão expressa neste trabalho, deve buscar maior adequação aos quadros pré-existentes (visão tridimensional). Mas ainda assim, cabem algumas observações importantes sobre esse aspecto, sendo que a primeira é o de se admitir que o tridimensionalismo não foi, obviamente, pensado para um contexto de Estado Constitucional, como modelo cultural jurídico *standard*⁵⁹⁰.

Entretanto não deixa de ser interessante observar que a adequação deste modelo, pelos motivos já expostos, a uma concepção de centralidade constitucional é total, exatamente pelas características plásticas das normas constitucionais, de maior liquidez (novamente tomando por empréstimo a expressão de Bauman) e fluidez, o que facilita a concretização da realidade normativa a partir das tensões produzidas entre a realidade fática e os valores sociais circundantes.

Evidentemente que um sistema em que a produção normativa não está sob o monopólio do legislador - já que não há dúvidas que no neoconstitucionalismo essa incumbência é dividida entre este e os órgãos jurisdicionais (Tribunal Constitucional à frente) -, a força de uma teoria tridimensional faz-se sentir de forma mais aprofundada, pela duplicação do encargo de justificação (no momento de produzir a norma e no momento de sua aplicação), que deve ser realizada tanto pelo legislador, no processo de produção da norma, como pelo juiz, no processo de sua aplicação (que não deixa de ser também o de produção). Em ambos os casos, mas em especial neste último, é imprescindível a observação aguda da realidade fática e dos valores constitucionais em relevo no processo de definição do conteúdo normativo estabelecido para a solução do caso concreto.

Certamente, Miguel Reale teria ido ainda mais longe se tivesse em mãos um instrumental técnico-jurídico como a norma-princípio, cujo reconhecimento e desenvolvimento pelo mundo jurídico se deu de forma mais contundente em tempos mais recentes. É ela um instrumento metodológico facilitador dessa relação dinâmica e dialética mantida entre fato, valor e norma, fazendo com que um sistema jurídico fundado em bases neoconstitucionais não possa abdicar de uma leitura totalizante da realidade fático-cultural circundante, no momento de estabelecer a norma reguladora

⁵⁹⁰ Para utilizar a terminologia de Peter Häberle em HÄRBELE, Peter. *Entrevista de César Landa*. In: VALADÉS, Diego. (Org.). *Conversas académicas com Peter Häberle*. São paulo: Editora Saraiva, 2009, pág. 2.

do caso concreto, ou mesmo no momento em que o legislador exerce o seu papel de produzir normas genéricas e abstratas.

Um das suspeitas que se levantam contra o tridimensionalismo é sobre a sua capacidade de se relacionar com as múltiplas culturas existentes em um mesmo sistema político. Há quem afirme que o pensamento realeano foi estabelecido em um contexto histórico no qual não estavam presentes de forma tão incisiva sociedades multiculturais e mesmo as pluriculturais. Neste caso, teria Reale pensado não a partir da premissa de existência de diferenças culturais ou identidades específicas de cada grupo, mas sim a partir dos pontos em comum que ajudariam a estabelecer os traços culturais da sociedade brasileira.

Ainda que tendamos a concordar com essa afirmação, a verdade é que o tridimensionalismo possui em sua estrutura fundamental as bases para se reconstruir teoricamente, com vistas a se atualizar em direção a novas realidades socioculturais que nos circundam, ou mesmo, incorporar novas formas de análise de fenômenos que sempre existiram, mas que são, de tempos em tempos, observados sob um ponto de vista epistemológico diverso. De toda forma, o tridimensionalismo do direito de Miguel Reale com suas linhas teorizantes amplas, mais coerentes, pode tranquilamente ser repensado a partir das direções do mundo contemporâneo, estando habilitado a manter com o neoconstitucionalismo uma parceria profícua no Brasil.

Pelo exposto, uma linha teórica neoconstitucional/tridimensional, desenvolvida adequadamente e com os ajustes devidos, muito pode auxiliar na reflexão e construção do sistema jurídico-constitucional brasileiro que, sem abrir mão das suas raízes tradicionais, deve continuar aberto a referências externas com ele compatíveis. É nesta direção, então, que caminharemos em busca de uma remodelação de institutos de validade e legitimidade, mostrando que não são eles estanques entre si, mas pelo contrário, devem ser analisados, cada vez mais, de forma unitária.

CAPÍTULO 3: A VALIDADE COMO ATRIBUTO NECESSÁRIO DA JURIDICIDADE

Se não temos dúvidas acerca das verticais mudanças havidas nas relações sociais vivenciadas pelo homem contemporâneo, é natural decorrência concluirmos que o papel do Direito e seus institutos - como instrumentos de organização e estabilização social - não podem deixar de sofrer análise aprofundada. Problema, então, que se põe é o de saber se os institutos a que se faz referência ainda cumprem adequadamente as suas funções, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, ou se devem ser revistos e redirecionados em suas formulações, nos limites que se fizerem necessários. Se a opção da revisão é a escolhida (e já adiantamos ser este o posicionamento adotado neste trabalho), a questão que se coloca é em que medida e em que direção deve caminhar esse reexame de rota.

Assim, a fim de evitar um vale-tudo teórico que acabe inviabilizando o Direito em suas características essenciais, faz-se urgente que sejam reconfiguradas as bases teóricas dos seus institutos fundantes que, sem deixar de respeitar às tradições em que criou raízes, amoldem-se aos novos paradigmas contemporâneos, mais restritamente, como fizemos referência nos capítulos anteriores, àqueles que se coadunem com as características, tradição e realidade da ordem jurídica brasileira. No caso em pauta, estamos nos referindo a uma realidade que vai tomando direção do que a doutrina vem denominando de neoconstitucional, de bases pós-positivistas, mas que ainda busca por uma reconfiguração teórica dos institutos jurídicos (no espaço que no Capítulo anterior chamamos de neoconstitucionalismo teórico), de maneira a evitar contradições de um sistema que alardeia a adoção de uma concepção filosófico-jurídica, mas ainda permanece adotando instrumentais teóricos que com ela não se coadunam.

3.1 A construção do instituto da validade

O nosso estudo inicia-se com a proposta de apresentar um quadro teórico-histórico dos contornos acerca do conceito de validade jurídica como gênero do qual a constitucionalidade é espécie. Não poderia ser diferente, já que o juízo de constitucionalidade/inconstitucionalidade emanado pelas cortes constitucionais - a brasileira, inclusive - quando tratam de analisar o fenômeno, fazem-no por intermédio

da busca por fundamentos de ordem teórico-dogmática, no âmbito da Teoria do Direito.

A pretensão neste capítulo é reconstruir os caminhos do conceito de validade jurídica, analisando no âmbito da tradição a que se submete o sistema jurídico brasileiro – inclusive em algumas teorias mais recentes e mais elaboradas que vêm iluminando a tradição jurídica ocidental, bem como no âmbito de análise da passagem de uma teorização de base positivista para uma teorização de base neoconstitucional – a) o que permanece como elemento essencial na determinação de um juízo de validade/invalidade; b) o que deve ser dado como superado; e c) o que deve passar a ser considerado (ou mesmo voltar a ser observado), em razão das novas demandas sócio-culturais e político-jurídicas, no quadro teórico de análise do fenômeno da constitucionalidade/inconstitucionalidade do sistema jurídico pátrio.

Embora se esteja atento quanto ao fato de que este quadro de análise sempre reclama uma avaliação de natureza técnico-dogmática, a verdade é que se faz imprescindível observar de forma mais aguda outras dimensões a que se submete o fenômeno, de forma a possibilitar uma análise mais vertical acerca de uma possível relação entre os juízos de constitucionalidade e legitimidade a que se submetem as normas jurídicas. Há quem possa ver com certo pessimismo o fato de que a tradição teórico-jurídica brasileira em sempre tenha se mantido coerente por ter deixado de construir seus institutos basilares em conformidade com suas raízes mais profundas. Todavia, por outro lado, é possível enxergar tal crítica como um desafio e uma oportunidade para a reorganização teórica de vários conceitos jurídicos, em um quadro mais adaptado à estrutura sócio-cultural e jurídico-política brasileira, mais especificamente no que se refere ao conceito de validade como constitucionalidade.

Erguer estruturas sólidas (ainda que, inescapavelmente, complexas), que tenham por função confirmar ou negar a uma norma a qualidade de juridicidade, tem o propósito claro de impedir que se desenvolva, por um lado, um processo de contaminação por que vem passando os conceitos em geral, que é o da relativização extrema⁵⁹¹; por outro lado, evitar que o próprio sistema seja invadido por normas que agridam sua inteligência.

⁵⁹¹ Com isso, evidentemente, não se pretende defender posições absolutistas, nem negar a necessidade de se considerar as posições relativistas, o que não se pode fazer sem sofrer as mais fundadas críticas. O que se repudia para fins deste trabalho é o relativismo extremado que desconsidera a possibilidade de qualquer visão cognoscista. Nesse sentido, entendemos com COMTE-Sponville, André. *A Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 96-97, que o relativismo não é um niilismo e que o fato de que todos os valores sejam relativos não implica que não existam ou que não valham nada. Pelo contrário, os

Na verdade, este quadro emerge, não apenas em razão do fato de se reconhecer o processo de alargamento da liquidez semântica da linguagem⁵⁹² em tempos de “virada linguística”, mas também pela própria ausência de pilares teóricos mais sólidos do que venha a ser decisivo (ou não) na determinação do juízo de juridicidade, principalmente quando tomamos como parâmetro de análise as decisões do Supremo Tribunal Federal. Este é um ponto que teremos a oportunidade de tratar de forma um pouco mais pormenorizada ao analisarmos, posteriormente, os possíveis excessos ativistas promovidos pelo Poder Judiciário no âmbito da extensão de suas decisões.

Em resumo, o que se procura é a obtenção de critérios para obtenção de um juízo de validade extraível por intermédio de um procedimento racional que, sem desconsiderar as permanentes mudanças materiais-substantivas a que se submete o sistema jurídico constitucional, como decorrência das cada vez mais velozes e profundas mudanças sociais, respeite, além de linhas lógico-procedimentais de construção normativa, também a exigível legitimidade (no sentido mais amplo que o termo possa compreender) por que deve passar qualquer processo de produção jurídica.

Evidentemente que para que não se banalize tal conceito, não podemos fazê-lo desconsiderando as consistentes construções teóricas erguidas no passado. O Direito é um campo do conhecimento (ou um saber, como já referenciamos anteriormente) em que dificilmente se consegue evoluir sem olhar também para trás. Aliás, o referido olhar não pode deixar de ter a humildade de se perceber localizado, se não sobre ombros dos gigantes, ao menos sobre os ombros daqueles que, não tão brilhante como os gigantes, mas que como operários do desenvolvimento do conhecimento jurídico notabilizaram-se pelo auxílio na construção de uma tradição⁵⁹³.

próprios direitos humanos podem, simultaneamente, ser considerados particulares (só valem para a humanidade), relativos (em uma certa época) e universalizáveis (podem valer, de direito, para todos os homens).

⁵⁹² Sendo incontestável que o Direito é linguagem, mesmo que, simultaneamente, possa ser também outras coisas, como bem é afirmado em SANCHÍS, Luis Prieto. *Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pág. 41, a verdade é que a partir da chamada “virada linguística” essa suposta volatilidade têm de ser controlada. Neste sentido, entendemos em direção de FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pág. 202, que essa interpretação não é um processo subjetivo, já que, como processo utilizado pelo juiz para compreender e expressar o significado de um texto jurídico “no es una actividad ni completamente discrecional ni completamente mecánica”. É a interpretação, na verdade, uma atividade que permite o reconhecimento simultâneo, tanto da dimensão subjetiva, como da dimensão objetiva da experiência humana.

⁵⁹³ Embora a famosa referência de Isaac Newton, em 1676, dissesse respeito ao fato de se considerar ele próprio sobre o ombro de gigantes na oportunidade em que estabeleceu os novos paradigmas científicos de seu tempo, *mutatis mutandis*, não há como tratar de forma diversa o próprio direito. Não apenas porque deve este aproveitar as teorias jurídico-políticas estabelecidas pelos grandes juristas de

Desta forma, começaremos o estudo do conceito de validade a partir de perspectivas genéricas do conceito, mais especificamente a partir das origens etimológicas do termo, para, logo a seguir, avaliarmos como o conceito foi tratado pelas mais importantes concepções do direito. Essa escolha não é aleatória. Certamente, que a edificação das principais linhas teóricas hodiernas do conceito de “validade” tem por base a estrutura que lhe foi concedida pelos grandes estudiosos do direito, razão pela qual qualquer discussão séria acerca da temática não pode deixar de considerar esse como um ponto essencial para o enfrentamento da temática. Começemos, então pela origem do termo.

3.1.1 A validade a partir da etimologia

Embora pareça lugar-comum, a análise de um conceito, a nosso juízo, parece-nos melhor realizada quando iniciada, sempre que possível, pela sua origem etimológica. É essa uma pretensão que tem por propósito, não apenas mostrar a conexão semântica entre o significado originário e o(s) atual (is), mas, principalmente, servir como bússola para a manutenção do correto rumo na busca por uma maior precisão conceitual.

Evidentemente, vale ressaltar, não se trata de advogar pela cristalização do conceito originário, mas tão somente uma defesa da preservação de algumas de suas referências mais sólidas e fundamentais. Trata-se, então, de um trabalho quase arqueológico, a fim de manter a salvo as balizas mais legítimas do conceito que se busca e que não apenas cooperam no processo de seu “desvelamento”, mas que também têm por função afastar as possibilidades dos excessos relativísticos, que em nada contribuem com o avanço do estudo jurídico.

Feitas essas breves observações, passemos ao ponto. Informam-nos os etimólogos que a palavra “validade” provém do latim *val/dus, a, um*, que quer significar forte, robusto, vigoroso, saudável, sólido.⁵⁹⁴ Neste mesmo senso, há quem aponte a origem em *validitate*, que provém de *valere*, significando “estar bem”, “estar forte”,

toda a história, mas porque as rupturas com os saberes historicamente construídos, em regra, tendem a ser mais suaves do que as produzidas pela ciência.

⁵⁹⁴ Em HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa Houaiss* [CD-ROM]. [S.l.]. Objetiva, 2009, ISBN978857302970-3.

“resistente”, “ter valor”,⁵⁹⁵ “legítimo”⁵⁹⁶. Também são significados observados nestas acepções originárias, o de “eficácia”, bem como o de “o que vale”, ou mesmo o “que obtém ou merece aprovação”.⁵⁹⁷

Esses sentidos indicados são acepções que não devemos perder de vista, já que apontam para uma reordenação conceitual mais afim com suas origens. Ou seja, “válido” é a adjetivação que se concede a algo quando é observável a presença das condições normativas - não meramente formais, mas também materiais - que a disciplinam. Como veremos mais adiante, de forma geral, o conceito a ser proposto procurará guardar grande identidade com essa raiz identificada.

Deve-se ter em vista que também para a Filosofia a “validade” é um tema de vasta importância. *Lato sensu*, válido é a adjetivação concedida a algo que deve ser reconhecido como “verdadeiro”, “bom”, “belo”, etc. Evidentemente, uma definição nestes termos conduz-nos tão somente a uma intuição inicial, já que dada a amplitude que em si comporta, pouco ajuda a precisar o conceito. Por isso, no processo de apuração deste, as acepções do termo ganharam algumas formulações contrastantes.

Para uma das vertentes, representa validade a “utilidade ou eficiência de um meio ou um instrumento qualquer”. É como enxerga, por exemplo, Dewey⁵⁹⁸, a partir de uma lógica pragmatista ou “instrumentalista” (como preferia denominar), quando afirma que as proposições “como meios procedimentais para conduzir uma investigação” não são nem verdadeiras nem falsas, mas somente válidas ou inválidas. Neste ponto, o sentido dado para o termo é de “validade para”, ou seja, o que está em questão é a aptidão (ou a sua ausência) do meio ou da condição eleita para atingir o fim proposto.

Nesta direção, o conceito aproximou-se mais dos estudos teóricos da lógica, tornando-se uma noção fundamental para este ramo do conhecimento. Porém,

⁵⁹⁵ CORTELAZZO, Manlio; ZOLLI, Paolo. *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1999, pág. 1781.

⁵⁹⁶ Este sentido, que muito nos interessa, é um dos apontados em VIANELLO, Natale. *Vocabolario Latino-Italiano, Italiano-Latino*. Perugia: Società Editrice Dante Alighieri, 2007, pág. 873.

⁵⁹⁷ Neste sentido, CORTELAZZO, Manlio; ZOLLI, Paolo. *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1999, pág. 1781. É bem verdade que o Direito fará distinção entre validade, eficácia e valor. Porém, não deixa de ser interessante a inequívoca proximidade entre estes conceitos na origem. Aliás, segundo a obra pesquisada, já no Séc. XIV, Boccaccio utilizava o termo “validade” no sentido de “eficácia”. Neste mesmo sentido, o HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa Houaiss* [CD-ROM]. [S.l.]. Objetiva, 2009, ISBN978857302970-3, também define como “qualidade ou condição de algo que se encontra em condições de produzir os efeitos dele esperados”, o que, a nosso ver, acaba por criar ligame com o conceito de eficácia.

⁵⁹⁸ Tal posição pode ser encontrada em DEWEY, John. *Logica, Teoria dell'indagine (Logic, the Theory of Inquiry)*. Turim: Einaudi, 1949, capítulo XV.

ao mesmo tempo afastou-se de algumas de suas acepções originárias, de forma a restringir sua amplitude material. Ao passar o conceito de validade (nessa acepção mais próxima à lógica) a ser compreendido como uma propriedade que se aplica, seja a enunciados, seja a argumentos - mas sempre diretamente relacionada com a estrutura e com a forma -, deixa de lado a possibilidade de ser, também, um atributo que emita qualquer juízo sobre o conteúdo.

Certamente que isso nos conduzirá a uma compreensão que é mais largamente aceita nos dias de hoje e que estabelece o conceito de validade como “conformidade à regra de procedimentos estabelecida ou reconhecida”. Ou seja, uma inferência que implica que reconhecimento da validade encerra a conformidade com as regras pré-estabelecidas, segundo padrões estritamente lógicos, de forma a isolar-se de ideais de verdade e de justiça, por exemplo, mesmo em suas concepções fracas, típicas da contemporaneidade.

Essa é, aliás, uma característica que acabou por se espalhar largamente no pensamento jurídico, mas que, como tentaremos mais adiante mostrar, consideramos que deva ser repensada. O conceito de validade jurídica, ainda que esteja intimamente relacionado a uma perspectiva lógica – principalmente no que se refere ao seu caráter binário, conforme posição que se defenderá⁵⁹⁹ -, merece passar por um processo de reflexão crítica de forma a se “reconstituir”, sem renunciar às suas bases originárias. É uma tarefa que nos proporemos no momento adequado. Por hora, entendemos importante analisar como algumas das concepções clássicas analisam e definem a validade jurídica. É o nosso próximo passo.

3.2 A validade segundo as principais versões positivistas contemporâneas

Iniciaremos nossos estudos pela contribuição de autores classificados como juspositivistas. Não somente pela imensa contribuição desta corrente de

⁵⁹⁹ Mesmo que o tema venha a ser mais aprofundado posteriormente, vale a pena, desde já, ressaltar que nos filiamos àqueles que entendem que o aspecto binário da validade/invalidade – ou seja, de não possuir características intermediárias que comporte a possibilidade de uma “meia-validade, ou meia-invalidade” - é um traço ontológico do conceito. Contrariamente à possibilidade que se vislumbra a partir do conceito de “valor”, que por sua natureza emite um juízo em graus, a validade em uma perspectiva pura não pode comprometer-se com essa flexibilidade, principalmente se estamos no âmbito jurídico. Neste sentido acompanhamos a posição de BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Validade*. In: *Enciclopédia de Termos lógico-filosóficos*. São paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 788, quando afirma que “Uma vez pretendendo que a noção de validade, tenha o grau máximo de universalidade, devemos defini-la sem relação com uma interpretação particular...”.

pensamento às noções teóricas mais fundamentais acerca do conceito de “validade jurídica”, mas também pela influência que a mesma exerceu, e ainda exerce, no âmbito do pensamento jurídico de algumas das principais tradições jurídicas ocidentais, em geral, mas também, em particular, no sistema jurídico brasileiro.

O aprofundamento da análise nesta direção (positivista) volta-se para uma linha mais acentuadamente técnico-dogmática e lógica, de forma que esta dimensão do fenômeno acaba por eclipsar as demais dimensões (fática, em menor grau, e ética) no momento de se afirmar a juridicidade/não-juridicidade das normas de Direito. As versões acerca do conceito de validade nas visões positivistas e neopositivistas são ainda fundamentais no entendimento do fenômeno jurídico. Embora seja nossa intenção tratar a temática de forma ampla, devemos admitir que alguns nomes despontam com maior destaque, em razão da influência que continuam exercendo na organização teórica e sistemática do sistema jurídico brasileiro.

Assim, embora as formulações kelsenianas e bobbianas sejam de importância fundamental e formem a base das teorizações sobre o tema no Brasil, outras formulações como, por exemplo, a de H.L.A. Hart vem ganhando em terras brasileiras (ainda que de forma tardia, exatamente no momento da curva descendente do positivismo no Brasil) maior espaço, em um quadro não apenas de aproximação do sistema pátrio com o da escola da *common law*⁶⁰⁰, mas também pela sofisticação do pensamento positivista alcançada por este pensador para enfrentar as demolidoras críticas dirigidas ao positivismo no Pós-guerra.

De toda a sorte, embora em inegável crise, o positivismo jurídico, contrariando o que vem sendo dito com muita constância nos dias atuais, permanece angariando apoio hodiernamente de juristas de peso, que, ainda confiantes nas teorias nucleares das linhas teórico-filosóficas que o definem, dedicam-se a buscar novos caminhos que recuperem a confiança nas velhas promessas realizadas. Também nesses nos basearemos para melhor fundamentar as linhas-mestras fundantes do conceito “validade jurídica”, principalmente porque algumas das maiores contribuições e virtudes do positivismo se encontram exatamente na tecnicidade com que trata a temática.

⁶⁰⁰ Interessante observar que as elaborações teóricas estabelecidas por H.L.A. Hart passam a ter maior evidência no Brasil não pelos seus muitos méritos, mas pela crítica que a elas são feitas por Ronald Dworkin na obra “Levando os direitos a sério”. Só mais recentemente (final da década de 90 do século passado) começa a se estudar de forma mais consistente, no Brasil, os contributos de seu chamado positivismo *soft*.

3.2.1 A concepção formalista de validade

Mesmo que seja razoável concluir (até pelo que já foi dito nos capítulos anteriores) que as influências positivistas (principalmente aquelas advindas de Kelsen) tenham atingido o sistema jurídico brasileiro de uma forma menos intensa do que se costuma propalar, seja em razão de uma tradição jurídica não tão afinada com a neutralidade axiológica pregada pelo positivismo (em suas várias versões), como também em virtude de uma maior afinidade da cultura jurídica brasileira com um positivismo de cariz sociológico, que acaba por enfatizar a realidade social (âmbito do *ser*) em suas investigações, não é razoável negar que algumas das mais consistentes formulações teóricas que envolvam o tema da validade jurídica encontrem suas mais sólidas bases no pensamento do jurista austríaco.⁶⁰¹

A grande influência do jurista austríaco no quadro teórico-jurídico ocidental, principalmente em uma tradição continental, que até hoje ecoa nos diversos sistemas jurídicos – transferindo-se, neste sentido, ao Brasil -, fez-se presente em dogmas como aquele que afirma que uma norma é válida quando vem emanada segundo o que prevê a norma imediatamente superior, até se chegar à norma fundamental.⁶⁰² Tal dogma acaba por ser uma das pedras basilares para o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo com todos os requintes a ele concedido no decorrer da segunda metade do século passado.

Seguindo uma linha típica, a visão kelseniana acerca da validade jurídica encontra-se caracterizada principalmente na sua rejeição à perspectiva jusnaturalista⁶⁰³, mas também aquelas de matriz realista, que neste caso enfatiza as questões de natureza factual⁶⁰⁴, sendo o fato, neste sentido, relacionado à realidade sociocultural vivenciada por uma dada sociedade, historicamente situada. Contra a

⁶⁰¹ Independentemente de não se acolher no âmbito deste trabalho muitas das teses centrais de Kelsen, principalmente aquelas mais relacionadas ao seu positivismo normativista, não nos parece despropositada a afirmação constante em DI LUCIA, Paolo. *Validà di Norme: Tre concetti*. In: GLAZEL, Lorenzo Passerini. (Org.). *Ricerche di Filosofia del Diritto*. Turim: G Giappichelli, 2007, pág. 119, quando afirma ser Kelsen o mais influente filósofo do Direito depois de Kant e Hegel. Neste sentido, quando reduzimos a importância do pensamento de Kelsen no âmbito do pensamento pátrio, fazemo-lo por entendermos que há uma valorização excessiva de sua influência no âmbito do pensamento jurídico brasileiro, pelos motivos expostos anteriormente. Porém, não há como negar a sua importância e, mesmo forte influência, em determinados campos da análise jurídica.

⁶⁰² Essa configuração de graduação normativa se celebrou na tão propalada imagem da pirâmide normativa kelseniana. Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 246 e ss., quando o autor trata de uma estrutura escalonada da ordem jurídica. Como teremos a oportunidade de ver mais adiante, no Capítulo 5, essa teoria será objeto de violentos ataques por parte de Carl Schmitt e seu decisionismo.

⁶⁰³ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 245-246.

⁶⁰⁴ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 245. Embora no contexto da discussão jusnaturalista, aqui Kelsen parece dar o grau de extensão de seu normativismo, repudiando não só os valores substanciais, mas também a possibilidade de que fatos fundamentem ordens jurídicas.

primeira, sustenta o vienense uma teoria não-cognitivista dos valores⁶⁰⁵. Afirmar que o fato de haver correspondência entre uma sentença judiciária e uma norma moral - ou uma presumida norma de direito natural - é totalmente irrelevante para o reconhecimento de sua validade⁶⁰⁶. Mais: reconhece que não é preocupação da ciência jurídica legitimar o direito ou justificá-lo, mas somente conhecer e descrever.⁶⁰⁷

A defesa, neste ponto, se fundamenta em uma doutrina relativista de valores e justiça⁶⁰⁸ que, embora não recusando suas existências, refuta a possibilidade de existência de valores ou justiça absolutos.⁶⁰⁹ Parece-nos que ao advogar em direção à tese de que um tipo de justiça específica pode resultar injusta para perspectivas diversas, enquadra-se em um contexto bastante caro à Modernidade, tão bem desenvolvida por John Rawls, que é o reconhecimento do “*fact of pluralism*”⁶¹⁰. Porém, certamente se distanciaria do pensador americano quando reconhece que

⁶⁰⁵ E aqui certamente se colocaria uma oposição clara do austríaco, como representante de destaque da Escola de Marburgo, à visão da Escola de Baden. Para estes últimos, os valores são exigências do *dever ser*, pruramente espirituais, isoladas dos atos psicológicos, pertencentes a um domínio de validade incondicionada. No sentido filosófico, o que possui validade possui valor (H. Bauch), sendo que o sistema de valores para os representantes de Baden, é objetivamente supra-histórico, repelindo toda subjetivação e relativização. Conforme, RINTELEN, Fritz-Joachim v. *Filosofia dos Valores*. In: HEINEMANN, F. (Org.). *A Filosofia no Século XX*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, págs. 424-425.

⁶⁰⁶ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 78, o autor afirma que a legitimação do direito pela moral, embora possa “prestar politicamente bons serviços” do ponto de vista da ciência jurídica é insustentável. Neste mesmo sentido, em Kelsen, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Coimbra: Lisboa, 2001, págs. 151-152 e Kelsen, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Tradução de COTTA, S.; TREVES, G. Milão: Giuffrè, 1952, págs. 30-31.

⁶⁰⁷ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 78.

⁶⁰⁸ Essa é uma posição clássica do positivismo jurídico. Em Bobbio, Norberto. *Teoria Generale del Diritto*. Turim: G. Giappichelli, 1993, pág. 35-36, o autor afirma que quando Kelsen sustenta que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, ele quer, afirmar que o direito válido não depende da justiça, já que, para este os ideais de justiça são subjetivos e irracionais. Porém, é importante que se reafirme que se trata de uma defesa da democracia, na direção do que afirma Albert Casalmiglia na Introdução à obra Kelsen, Hans. *Qué es la Justicia?*. Barcelona: Ariel, 2008, pág. 10. Ali, o autor espanhol bem observa que o relativismo axiológico kelseniano se liga à democracia formal, sendo um pressuposto necessário para que esta possa se desenvolver.

⁶⁰⁹ Em Kelsen, Hans. *Qué es la Justicia?*. Barcelona: Ariel, 2008, pág. 114 e ss., o autor desenvolve bem suas convicções nesta linha.

⁶¹⁰ Refiro-me à concepção desenvolvida pelo filósofo americano na qual constata ser possível se reconhecer, a partir da Modernidade, a existência de desacordos profundos e irreduzíveis de concepções de bem-viver entre indivíduos e grupos que compõem uma sociedade. Porém, como sabemos, a impossibilidade de reconhecimento de uma forma de bem única, não parece ser empecilho para que grandes juristas da atualidade consigam conectar direito e moral, conforme veremos no capítulo que segue. Aliás, esta ideia está presente no próprio Rawls, que em Rawls, John. *Una teoria della giustizia*. 2ª ed. Milão: Feltrinelli, 2009, pág. 27 e por ele desenvolvida com grande rigor em Rawls, John. *Liberalismo político*, Milano: Edizioni di Comunità, 1994, págs. 47-49, quando informa: “*Dobbiamo distinguere il fatto del pluralismo ragionevole dal fatto del pluralismo in quanto tale. Non si tratta semplicemente del fatto che istituzioni libere tendono a generare un'ampia varietà di dottrine e opinioni, com'è prevedibile data la diversità degli interessi degli uomini e la loro tendenza ad adottare punti di vista limitati, ma del fatto che fra le opinioni che si sviluppano c'è un'ampia varietà di dottrine comprensive e ragionevoli. [...] Non sono soltanto frutto di interessi egoistici e di classe, o della comprensibile tendenza umana a considerare il mondo politico da un punto di vista limitato; sono parte integrante dell'opera della ragione pratica libera, entro la cornice di libere istituzioni. Dunque, il fatto del pluralismo ragionevole [...] non è un aspetto sfortunato della condizione umana; e nel dare alla nostra concezione politica una forma che possa, nel suo secondo stadio, conquistare l'appoggio di dottrine comprensive e ragionevoli, stiamo adattando questa concezione non alle forze brute del mondo, ma agli esiti inevitabili della ragione umana.*”.

todo e qualquer conteúdo pode ser direito, pois não haveria conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, a ela fosse negada a possibilidade de ser transformada em norma jurídica.⁶¹¹

Já no que se refere à perspectiva factual, Kelsen reconhece que a determinação correta entre validade e eficácia, como caso especial da relação entre *ser* e *dever ser* da norma jurídica, é um dos problemas mais importantes e, ao mesmo tempo, mais difíceis de uma teoria jurídica positivista.⁶¹² Isso porque, entre posições extremas que não vê nenhum contato entre validade e eficácia (posição idealista) e aquela que entende haver absoluta coincidência entre as posições (posição realista), Kelsen procura uma solução que poderíamos qualificar como intermediária.

Assim, embora Kelsen recuse a condição de que a eficácia, como expressão da factualidade, possa, *per si*, coincidir com a validade, a verdade é que ele reconhece naquela (eficácia) uma condição da validade.⁶¹³ Assim, entende que uma ordem jurídica é considerada válida quando suas normas são, em uma consideração global, eficazes, ou seja, são, de fato, observadas e aplicadas.⁶¹⁴ Segue a mesma lógica as normas singularmente consideradas: podem perder a validade pelo fato de permanecerem por longo tempo inaplicadas ou inobservadas (*desuetudo*)⁶¹⁵, sem que essa inobservação mereça qualquer sanção por parte daqueles que deveriam aplicá-la por descumprimento da norma.

Assim, a posição de Kelsen no sentido de definir o ordenamento jurídico como coercitivo e a norma como um juízo hipotético (em moldes assumidamente kantianos) acaba por projetar o direito no âmbito do *dever ser*, e não do *ser*, como defenderiam os realistas ou mesmo os positivistas empíricistas. Em Kelsen a validade está relacionada à possibilidade de acontecer à punição (se

⁶¹¹ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 221, quando afirma "Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica".

⁶¹² Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 235.

⁶¹³ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 238.

⁶¹⁴ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 237.

⁶¹⁵ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 237, o autor afirma que "a *desuetudo* é como um costume negativo, cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente". Nessa linha, o costume é, ao mesmo tempo, um fato gerador de direito, mas também derogador de normas jurídicas. De toda sorte, vale lembrar que não é necessário que haja uma adesão da maioria no sentido de cumprir a norma para que a mesma seja reconhecida como válida. Basta que uma parte dos destinatários a cumpram para ter sido, segundo Kelsen, observado um dos seus pressupostos de validade.

acontece é porque a norma é válida, independentemente se observada pelos destinatários imediatos), vinculando-se, efetivamente, ao *dever ser* e não ao *ser*.⁶¹⁶

3.2.2 A regra de reconhecimento em Hart: um modelo paradigmático da *Common Law*

O reconhecimento da juridicidade das normas em Hart, também parte do reconhecimento da validade normativa. O jurista inglês, porém, estabelece sua teoria a partir de uma necessária união entre regras básicas primárias de obrigação e regras secundárias, em classificação divergente daquela apresentada por Kelsen.⁶¹⁷ As regras primárias seriam aquelas que, prescrevendo uma conduta (ação) ou uma omissão estabelecem deveres. Já as secundárias seriam aquelas que organizam o próprio funcionamento das regras primárias, estabelecendo, além das sanções pelo descumprimento, as regras referentes à aplicação, introdução, modificação, extensão dos efeitos, modo de controle, ou mesmo a extinção destas.⁶¹⁸

As regras secundárias subdividiriam-se em três subgrupos: regras de alteração (*rules of change*), regras de julgamento (ou de adjudicação) (*rules of adjudication*) e regras de reconhecimento (*rules of recognition*). As primeiras, “regras de alteração”, asseguraram a própria dinamicidade do sistema jurídico regulando a introdução, modificação, derrogação das regras primárias por via legislativa, especificando as pessoas ou órgãos competentes para prática de atos jurídicos, e também estabelecendo os procedimentos da atividade legislativa.⁶¹⁹ As segundas, “regras de julgamento” ou “de adjudicação”, asseguram que, em caso de transgressão das regras primárias, devem ser aplicadas e adjudicadas às sanções do sistema, bem como informam às pessoas competentes para o julgamento da transgressão o procedimento judicial, além de fixarem alguns conceitos jurídicos, tais como, juízes,

⁶¹⁶ Como bem chama atenção CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, pág. 195, a posição de Kelsen será diferente daquela realista defendida por Austin, pois a norma não diz o que acontece, mas o que “deve” acontecer. Em ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Torino: Einaudi, 1965, pág. 64, o autor afirma que na perspectiva kelseniana a validade é tão somente uma categoria formal do pensamento, o que nos parece uma crítica (ou, para alguns, apenas uma constatação) bastante consistente.

⁶¹⁷ Conforme BARBERIS, Mauro. *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004, pág. 121. O uso da nomenclatura norma primária/secundária não foi, porém, uma invenção de Hart, pois entre os Séculos XIX e XX o tema já tinha sido tratado na Alemanha por Jhering, por exemplo, que distinguira as normas de conduta (ou primárias) das normas sancionatórias (ou secundárias).

⁶¹⁸ Para Kelsen a norma de conduta seria um fragmento da norma sancionatória, razão pela qual a norma primária é a norma sancionatória e a norma de conduta recebe a classificação de norma secundária.

⁶¹⁹ Em HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs.105-106.

tribunal, jurisdição, sentença etc., a exemplo das demais regras secundárias.⁶²⁰ Por fim, o terceiro tipo, as “regras de reconhecimento” que, estando em Hart mais diretamente relacionadas à ideia de validade, deverão ter seu conceito estabelecido de forma mais alargada.

3.2.2.1 - Regras de reconhecimento e validade

A regra de reconhecimento serve, acima de tudo, para identificar as normas primárias válidas, ou seja, aquelas pertencentes ao sistema. Hart a concebe como uma espécie de costume ou convenção efetivamente seguida pelos juízes e funcionários quando identificam as normas válidas. Para que um sistema jurídico possa ser considerado existente, deve ser aceito por esses, enquanto no que se refere aos cidadãos, bastaria que os mesmos observassem as grandes linhas das normas primárias.⁶²¹

As regras de reconhecimento seriam, então, aquelas que fixam os pressupostos ou requisitos para existência válida das regras primárias. De maneira sintética, porém adequada, poder-se-ia afirmar que a consagrada “regra de reconhecimento”, em termos estritamente técnicos, configura uma “regra secundária de reconhecimento de validade da regra primária”. Assim, uma das teses centrais de Hart é a de que os fundamentos de um sistema jurídico consistem, não em um hábito geral de obediência ao poder jurídico, mas sim em uma regra última de reconhecimento que prevê critérios a serem adotados pela autoridade para identificação de regras válidas do sistema.

Essa tese, como se intui, assemelha-se em alguns aspectos à concepção kelseniana de “norma fundamental”, embora o próprio Hart estabeleça distinção entre o seu ponto de vista e o de Kelsen⁶²², principalmente quanto ao fato de que a existência da regra de reconhecimento se extrai de uma realidade fática⁶²³, e

⁶²⁰ Em HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs.106-107.

⁶²¹ Aqui temos uma questão importante que é aquela que relaciona validade e eficácia. Se em Kelsen “A eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pág. 238), em Hart a validade parece depender em muito maior dimensão da eficácia, como afirmado em GASTIGNONE, Silvana. *Punto di vista interno ed efficacia*. In: SCARPELLI, U. (Org.). *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenza attuali*. Milão: Comunità, 1983, pág. 14.

⁶²² Em HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs.274-276.

⁶²³ HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág. 331. Em RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico. Uma introdução à Teoria dos sistemas jurídicos*.

não em uma pressuposta norma de natureza lógico-racional. De qualquer forma, tanto a regra de reconhecimento como a norma fundamental se fundam nas mesmas bases: ambas regulam a ideia de validade no ordenamento jurídico.

Como na maior parte dos sistemas jurídicos, a regra de reconhecimento não está expressa. A sua existência – como questão de fato que é⁶²⁴ – evidencia-se na maneira como as regras são declaradas como válidas pelos órgãos jurisdicionais (principalmente)⁶²⁵, pelos órgãos estatais e também pelos particulares, em cada caso concreto específico⁶²⁶. Por essa razão, nos sistemas jurídicos em que a regra de reconhecimento não é explicitada expressamente, saber quais são as regras de reconhecimento (de validade) implica em investigar os critérios que são levados em consideração no processo de determinação do parâmetro de reconhecimento⁶²⁷.

O que resta importante ressaltar é a posição positivista que Hart sustenta. Segundo ele, embora haja muitas conexões contingentes entre direito e moral, não há conexões conceituais necessárias entre o conteúdo de um e o conteúdo de outro. Por isso, é possível se extrair um juízo de validade de disposições moralmente iníquas, já que quer sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas atuações do direito, independentemente dos méritos morais presentes nas normas.

3.2.3 A visão realista da validade

São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 264, assim afirma o autor: “A norma de reconhecimento é uma norma jurídica e pertence ao sistema jurídico. Ela se distingue das outras leis porque sua existência não é determinada por critérios estabelecidos em outras leis, mas pelo fato de que ela é realmente aplicada.”

⁶²⁴ Em HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 274-275.

⁶²⁵ Em HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 274-276. Os utilizados pelos órgãos jurisdicionais gozam, quanto ao mérito, do *status* especial de *autoridade*, em relação aos demais. Sobre o tema, e avançando sobre as reflexões de Hart, neste ponto, SIMMONDS, N.E. *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*. 2ª ed. Londres: Thomson, 2002, págs. 137-138.

⁶²⁶ Em função dos critérios consagrados, expressamente ou não, para identificação das normas válidas de um sistema jurídico, é possível identificar várias regras de reconhecimento que, dependendo da complexidade do sistema jurídico, podem se referir, por exemplo, a: a) uma constituição escrita; b) norma legislativa; c) vigência consuetudinária; d) relação com decisões judiciais já transitadas em julgado (precedentes judiciais); e) declarações de determinadas pessoas competentes; f) emanção por certos órgãos, etc.

⁶²⁷ HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág. 332. Segundo Hart, “a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, excepto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para identificação do direito.”

Visto, então, uma concepção consagrada de “validade”, bastante reconhecida no meio jurídico brasileiro, outra que é por nós menos conhecida, mas que no contexto de aproximação entre as grandes famílias da *civil law* e da *common law*, tende a ser cada vez mais analisada é a concepção realista de validade. Nela, interessa-nos principalmente o olhar agudo para a realidade fática que, segundo nosso entendimento, caracteriza uma das dimensões inafastáveis do direito.⁶²⁸ Então, mesmo que se em algumas versões do positivismo normativista tenha se enfatizado a dimensão normativa do direito, é importante que nos debrucemos com maior acuidade a uma concepção que, pouco estudada no mundo da *civil law*, muito pode nos dizer acerca da importância da realidade social na determinação da juridicidade.

A visão do direito para os realistas é eminentemente antinormativista. Os dois movimentos realistas, o escandinavo e o americano, tendem ambos a criticar o sistema formalista kelseniano ao direcionar a visão do fenômeno jurídico em uma direção diversa, de tipo psicológico-fatual⁶²⁹. Esses dois movimentos da primeira metade do século passado, embora largamente diversos em suas especificidades, guardam, como não poderia deixar de ser, muitas aproximações⁶³⁰.

Na multiplicidade de concepções que a corrente pode apresentar, o dado de fundo que permite uma consideração unitária do movimento é aquela que afirma que o Direito é uma realidade, e que não existe outra realidade fora da realidade dos fatos. Neste sentido, o Direito não seria nada além do que um conjunto de fatos.⁶³¹ Não sendo nossa intenção tratar dos movimentos em sua inteireza (tarefa que demandaria, por si só, um aprofundamento que não condiz com os objetivos do presente trabalho), desde já reiteramos que o que nos interessa fundamentalmente em relação a esses movimentos é entender como os mesmos concebem a ideia de validade jurídica. Feita essa advertência, analisemos as duas principais Escolas do realismo: a escola realista escandinava e a escola realista americana.

⁶²⁸ Como afirmado em CASTIGNONE, Silvana. *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*. Turim: Giappichelli Editore, 1995, pág. 14, não se dá em filosofia um só realismo. Nessa linha, as várias vozes do realismo nascem todas como reações às ilegítimas interpretações da realidade, às reduções desta ao pensamento.

⁶²⁹ Conforme define a CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, pág. 101. Aliás é em Lundstedt, que a concepção realista mais recorre às perspectivas sociológica e psicológica, pois a crença na obrigatoriedade do direito seria devido ao que ele chama de “máquina do direito”. Porém, não se pode deixar de ter em vista que há aproximações evidentes entre as duas concepções, já que também os realistas defendem a tese, essencial aos juspositivistas, da desconexão entre direito e moral. Daí ser possível que Ross proclame-se mais juspositivista que Kelsen, ao mesmo tempo em que este último afirme ser sua teoria como “radicalmente realista”.

⁶³⁰ Segundo CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, pág. 103, é a tese da inexistência da entidade Estado uma das mais interessantes ideias defendidas, tanto por Hägerström, como por Olivercrona.

⁶³¹ Conforme FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*. 6ª ed. Milão: Giuffrè, 2008, pág. 16.

3.2.3.1 O realismo escandinavo

O realismo escandinavo⁶³² é um importante movimento jurídico da primeira metade do Século XX, que legou ao mundo jurídico importantes construções teóricas⁶³³, a partir da tese de Axel Hägerström, considerado o iniciador do movimento realista escandinavo com a chamada “tese da realidade”⁶³⁴. Tal tese dá gênese a uma tradição que sustenta que a única realidade passível de conhecimento, e por isso possível, é a empírica, estabelecida na dimensão espaço-tempo⁶³⁵. O realismo a que se refere, deve-se ao fato de que estamos diante de uma realidade sensível e cognoscível pelos métodos da ciência natural.⁶³⁶ Essa é, aliás, a base para o tom marcadamente antimetafísico presente em sua obra, produzida em um tempo histórico

⁶³² Quando nos referimos ao realismo escandinavo, fazêmo-lo em distinção ao chamado “realismo nórdico”. Conforme afirma SERPE, Alessandro. *Realismo Nordico e diritti umani. Le “aventure” del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, págs. 21-24, como realismo nórdico (*Den Nordiske Realism*) entendemos, então, o realismo norte-europeu, ou seja, um movimento jurídico que nasceu na primeira metade do Século XIX na Dinamarca, com importantes desenvolvimentos na Noruega. O realismo nórdico não lançou suas sementes para o florescimento do realismo escandinavo (objeto de nossas atenções) e este não viu neste sua luz. Embora sob a mesma etiqueta e ambas difundidas no mesmo espaço geográfico, são analisadas mais pela diferença do que pelas semelhanças. O realismo nórdico (menos importante para nossos objetivos) tem sua origem na obra de Anders Sandøe Ørsted publicada entre 1822 e 1835 e representaram as coordenadas de referência do realismo nórdico. Os principais nomes em defesa de suas ideias são os noruegueses Anton Martin Schweigaard, Herman Scheel, Fredrick Stang, Ragnar Knoph e os dinamarqueses Fredrick Christian Bornemann, Carl Goos, Carl Ussing, Vinding Kruse e Viggo Bentzon (esses dois último mais conhecidos pela polêmica mantida com Alf Ross). Em geral características encontráveis nesta perspectiva realista (nórdica), as que seguem: interação entre prática e teoria, reconhecimento da natureza do caso como fonte secundária do direito em proximidade à lei e aos costumes; clara atitude antimetafísica contra todos absolutismo dos valores e os sistemas axiomáticos; forte aversão e distanciamento em relação ao método jurídico-dogmático alemão contemporâneo à época.

⁶³³ O realismo escandinavo tem em seus principais teóricos, além dos mais conhecidos Karl Olvercrona e Alf Ross, outros dois nomes de grande importância no movimento como Axel Hägerström, Wilhelm Lundstedt.

⁶³⁴ Conforme, FREEMAN, M.D.A. *Introduction to Jurisprudence*. 8ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, pág. 1035. Axel Hägerström foi considerado o pai espiritual do movimento realista, embora Ross e Olivercrona sejam os protagonistas mais conhecidos na Inglaterra. De toda forma seus escritos despertaram considerável interesse, em razão de ter seguido uma linha de tradição empírica da filosofia e filosofia jurídica inglesa, além de ter algumas afinidades com uma abordagem sociológica que cresceu em influência.

⁶³⁵ O conhecimento não provém do pensamento, como sustentavam os neohegelianos, nem das categorias, como sustentavam os neokantianos, mas sim, diretamente da realidade. Procede o autor na mesma estrada percorrida por Hume para concluir que o mundo consiste de fatos e não de valores. As calorizações não seriam atos de consciência objetiva, mas exprimem emoções do sujeito que valora (emotivismo ético). É o que nos informa BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, pág. 118

⁶³⁶ Isso fica claro no fragmento HÄGERSTRÖM, Axel. *Inquires into Nature of Law and Morals*. In: FREEMAN, M. D. A. (Org.). *Introduction to Jurisprudence*. 8ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, pag. 1057, quando afirma “...every rights is supposed to have as its object an advantage which belongs to the physical world and every duty is supposed to have as its object a certain way of acting in that world”, reiterando o pertencimento do direito e dos deveres a este mundo físico, e não em um outro suposto, não físico.

no qual essa visão faz coro com o neopositivismo, de forma a abrir fogo contra a metafísica.⁶³⁷

De observar, então, que algumas das posições teóricas fundamentais defendidas pelos realistas convergem com aquelas defendidas pelo positivismo empiricista, cujo eco se fez ouvir de forma contundente em terras brasileiras, segundo analisamos no primeiro capítulo. Assim, na esteira do ataque às ordens metafísicas em todo o mundo ocidental, a perspectiva tem alguns pontos de aproximação bastante interessantes com um tipo de produção intelectual bastante valorizada pelos adeptos da Escola do Recife, embora devamos acentuar que o fenômeno brasileiro não recebeu nenhuma influência direta do realismo escandinavo. É mais plausível entender que o ataque à metafísica é um fenômeno situado no tempo histórico, que se manifestou de maneira variada nos diversos espaços culturais-jurídicos do mundo ocidental.

Neste ponto, o fato de termos experimentado fundamentalmente as influências das tradições continentais explica em parte, a ausência de influência do pensamento realista em nossa tradição positivista de meados do Século XX, já que os pontos de contato parecem ser evidentes. Juristas da estatura de Pontes de Miranda e Clóvis Beviláqua, positivistas de orientação naturalística-empiricista, certamente se sentiriam seduzidos por algumas das linhas desenvolvidas pelos realistas, aclimatando-as às tradições brasileiras. Neste sentido, observamos que não há porque considerar que essa vertente realista seja-nos totalmente estranha (ao menos em alguns importantes pontos), sendo que suas posições por vezes parecem em muito combinar com certo tipo de naturalismo desenvolvido no Brasil, que tem o direito como fato, situado, conseqüentemente, no âmbito do *ser*.

Para os realistas escandinavos, a validade - ou força vinculativa, ou ainda a obrigatoriedade - é, na verdade, uma noção puramente imaginária, que se refere a uma realidade que existe na imaginação dos homens e que deriva de uma objetivação do sentido interno de coerção psicológica, com vistas a fazer com que o indivíduo atue de certo modo, e não de outro. Isso concede a essa validade, como força vinculante uma importância primordial, pois sem a sua ação em nível psicológico a existência da sociedade e do Direito não seriam possíveis. Assim, próxima à perspectiva positivista, para os realistas escandinavos, a validade não depende da

⁶³⁷ É bem verdade que esse ataque à metafísica já está presente no realismo nórdico do Século XIX, basicamente na obra de Anders Sandøe Ørsted. Conforme SERPE, Alessandro. *Realismo Nordico e diritti umani. Le "aventure" del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, pág. 23.

justiça, em uma posição de assumido não-cognitvismo ético. Porém, ressalte-se, no realismo escandinavo a validade não se vê reduzida à mera eficácia, como suporia quem se deixa levar por uma primeira impressão, ou mesmo à imposição de sanção.

Além da força sancionatória e da eficácia, os realistas escandinavos observam outra dimensão no Direito: “a dimensão psicológica”. Ou seja, sem o senso de dever, sem as convenções humanas e o elemento psicológico, o Direito despenderia uma energia excessiva para se impor.⁶³⁸ Como veremos depois, essa ideia será desenvolvida em outras tradições, como por exemplo, por Habermas, tentando reforçar a ideia da necessária conexão entre a adesão psicológica às normas e o seu cumprimento no mundo fático⁶³⁹, o que aproxima os conceitos de validade normativa e legitimidade. Parece ser este um ponto de grande relevo no pensamento realista escandinavo e que vai em clara direção a algumas das posições que entendemos conectar validade e legitimidade.

É em Vilhelm Lundstedt⁶⁴⁰ que a concepção realista mais recorre a essa perspectiva sociológica e psicológica, pois a crença na obrigatoriedade do direito seria devido ao que ele chama de “máquina do direito”, ao qual fizemos alusão no anteriormente. Assim, quando comportamentos sociais como homicídio e furto são sistematicamente atingidos pela sanção (aplicáveis pelas instituições sociais) em razão das normas que lhes proíbem, produzir-se-ia um sentimento de obrigatoriedade.⁶⁴¹

Seguindo essa linha, também os jusrealistas sucessivos consideram esse sentimento psicológico o único fenômeno correspondente àquilo que os juristas e teóricos do direito chamam de validade, ou obrigatoriedade da norma. Como já é possível observar, para os juristas escandinavos, o gênero validade está sempre correlacionado à obrigatoriedade das normas, a qual se origina no sujeito a partir de um efeito psicológico do regular funcionamento da máquina estatal. Melhor dizendo, entre a coerção, como fato, e a validade como a noção que aponta para um dever,

⁶³⁸ Em OLIVERCRONA, Karl. *Il diritto come fatto*. Milão: Giuffrè, 1967, pág. 125.

⁶³⁹ Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pág. 50 quando Habermas discorre que tanto a validade social como a obediência fática variariam de acordo com a fé dos membros dessas comunidades de direito na legitimidade do mesmo. É bem verdade que em Habermas, esta fé apoiar-se-ia na capacidade de fundamentação dessas normas.

⁶⁴⁰ Considerado o mais radical dos jusrealistas escandinavos, o jurista sueco nega a cientificidade da doutrina jurídica, assumindo uma posição ainda mais crítica que Hägerström em relação a esta.

⁶⁴¹ Um ótimo estudo sobre o tema está presente em MARRA, Realino. *Anders Vilhelm Lundstedt: per una scienza realistica del diritto penale*. In: CORTÉS, Isabel Fanlo; MARRA, Realino. (Orgs.). *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2008, págs. 89-100.

interpõe-se o elemento psicológico. Segundo o realismo escandinavo, esse elemento psicológico exterioriza a crença em uma obrigação objetiva que, nascendo internamente, projeta-se no mundo externo.

Já Alf Ross, certamente o mais conhecido realista escandinavo entre nós, divide com os demais realistas escandinavos algumas das ideias-base do movimento: o ataque à metafísica, a defesa a uma concepção empírica do Direito e a concepção segundo a qual a obrigatoriedade do Direito é uma criação subjetiva devido ao hábito e à educação⁶⁴². Assim sendo, Ross desenvolve importante tese acerca do fenômeno validade-existência das normas. Para o autor dinamarquês, o fenômeno poderia reduzir-se à aplicação do direito por parte dos juízes, estes sim, autênticos destinatários das normas jurídicas.⁶⁴³

Assim como para um físico bastaria observar a queda dos corpos para obter a lei da gravidade, para um estudioso do direito estabelecer quando uma norma é válida-existente, deveria observar o comportamento dos juízes.⁶⁴⁴ Uma afirmação desta natureza estabelece, como é óbvio, papel alargado aos decisores, fenômeno que não pode deixar de ser observado pelos novos movimentos neoconstitucionais já que, principalmente nos países em que prepondera o sistema de *Civil Law*, é possível observar que essa característica típica dos sistemas de *Common Law* vem se tornando cada vez mais comum e reconhecida.

É bem verdade, que o próprio Ross é obrigado a reconhecer que apenas a observação (externa) seria, em realidade, insuficiente para obter uma lei da natureza como a da gravidade, já que a mera observância do fenômeno não satisfaz as exigências metodológicas para o reconhecimento da existência de uma norma. A norma, admite o jurista dinamarquês valendo-se de uma construção teórica desenvolvida por Hart⁶⁴⁵, teria não só um aspecto externo - a repetição de um dado comportamento -, mas também um aspecto interno, ou seja, a convenção de que se dever ter aquele comportamento.⁶⁴⁶

⁶⁴² Segundo se estabelece em ROSS, Alf. *Direttive e norme*. Milão: Edizione di Comunità, 1978, nota 17, para o autor, este estado de ânimo, frequentemente é o resultado inconsciente do adestramento e condicionamento do indivíduo no curso de sua educação. Uma crítica que nos parece consistente é aquela formulada por BARBERIS, Mauro. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, pág. 121, quando pondera que o método de Ross, ainda que fosse exequível, transformaria a doutrina jurídica em alguma coisa muito diferente daquilo que sempre foi, ou seja, transformaria a mesma em uma versão, ainda que bastante simplificada, da sociologia do Direito.

⁶⁴³ Conforme OLIVERKRONA, Kart. *Law as a fact*. Londres: Humphrey Milford, 1939, pág.16.

⁶⁴⁴ ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Torino: Einaudi, 1965, pág. 13-20 e 34-38.

⁶⁴⁵ ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Torino: Einaudi, 1965, pág. 13-20 e 34-38.

⁶⁴⁶ Em HART, Herbert L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford : Clarendon Press, 1983, págs. 13-14, altera sua concepção, após críticas não só de correntes jusnaturalistas, mas também

Mais uma vez é possível observar que os realistas tendem a aproximar a concepção de validade a uma perspectiva que reafirma a necessidade de reconhecimento da juridicidade também por certa adesão interna do destinatário ao conteúdo normativo. Essa condição (psicológica), que será analisada mais amplamente no decorrer do Capítulo 5, deixa claro que o realismo escandinavo contribui para uma concepção mais abrangente e completa para a reconstrução do conceito de validade jurídica.

3.2.3.2 A validade no Realismo americano

O realismo americano como um movimento intelectual⁶⁴⁷ liderado por um grupo de professores de Direito e juristas⁶⁴⁸, entre os anos 20 e 30 do século passado, ainda hoje mantém uma importância alargada no debate jurídico contemporâneo. Sinteticamente, apresenta como pressupostos básicos para seu entendimento, dois fatores primordiais em sua configuração⁶⁴⁹:

a) Um primeiro, é que devemos ligá-lo ao fato de estar inserido em um contexto no qual a cultura jurídica é a da *common law*, ou seja, baseada no respeito ao precedente.⁶⁵⁰ Isso explica, ao menos em parte a grande importância atribuída pelos realistas às obras dos tribunais;

juspositivistas e acolhe uma sugestão de MacCormick, transformando a bi-partição em tri-partição. Além dos pontos de vista interno e externo, ele acrescenta um ponto de vista hermenêutico (*hermeneutic point of view*).

⁶⁴⁷ Em LLEWELLYN, Karl. *Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound* (44 *Law Review* 1222 (1931)). In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, págs. 148-149, o autor, mesmo recusando a possibilidade de existir uma escola “realista”, admite ser o que chamam de Realismo um movimento de pensamento e trabalho sobre o Direito.

⁶⁴⁸ Além de Jerome Frank, Karl Llewellyn e Max Radin, por alguns considerados os principais nomes do movimento, podemos citar como participantes de relevo os nomes de Felix Cohen, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook, Underhill Moore, Hessel Yntema, Charles R Clark, Felix Frankfurter, Arthur Corbin, William O. Douglas, entre outros. A questão de possíveis denominações diversas dada ao movimento por alguns de seus principais teóricos não significa que o mesmo esteja coligado a uma mesma raiz comum. Neste sentido, em LLEWELLYN, Karl. *Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound* (44 *Law Review* 1222 (1931)). In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, págs. 148-149, o autor afirma que muitos dos principais participantes do movimento chamam-no “realismo” (Jerome Frank, e Max Radin, Felix Frankfurter, , William O. Douglas, Felix Cohen, além do próprio). Hessel Yntema frequentemente usa o termo. Walter Wheeler Cook prefere falar em uma aproximação científica ao Direito (*scientific approach to law*) e Herman Oliphant chama de método objetivo (*objective method*), mas sempre enfatizando muitas de suas características. Charles E. Clark chama de *fact-reserch*, Corbin de *what courts do*, havendo quem chame, também, de movimento cético.

⁶⁴⁹ Sobre o realismo americano, em geral, vale a pena a leitura do excelente trabalho em TARELLO, Giovanni. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milão: Giuffrè Editore, 1962, sendo que algumas das características básicas desta concepção são bem desenvolvidas nas páginas 54-67.

⁶⁵⁰ Em CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, págs. 108-109, a autora chama a atenção para um fenômeno conhecido, mas que não custa lembrar: o precedente é vinculante para os juízes sucessivos que se ocupam de casos similares, e constituem fonte do Direito. Por isso, o papel desenvolvido pelo juiz é grandemente diferenciado no tradicional sistema de *civil law* – codificado -, no qual os juízes deveriam se reportar somente à lei.

b) Um segundo fator seria a necessidade de correlacioná-lo a influência que o pragmatismo exerce no mesmo, principalmente a partir de William James e John Dewey⁶⁵¹.

Segundo o movimento realista, o que é alegado pelos juízes na análise de um caso particular é fortemente influenciado por fatores psico-sociais diversos - conscientes e inconscientes. E vão além: acabam sendo estes fatores mais determinantes do que a própria lei no processo de decisão final⁶⁵², já que os juízes não somente aplicam a lei, mas a recriam quando decidem interpretando leis e precedentes, de forma a adaptá-los às exigências sociais.

No que se refere à validade normativa, para que entendamos o que seria esta para os realistas americanos, devemos tomar como ponto de partida a paradigmática definição do direito dada pelo Juiz Oliver Wendell Holmes quando afirmou que o direito consiste nas decisões dos tribunais e nas profecias⁶⁵³ que de tais decisões se possam formular⁶⁵⁴. Ou seja, para os realistas americanos as únicas normas válidas são as sentenças emanadas e as previsões (“profecias”) que estas sentenças projetam para o futuro.

Essas previsões, porém, podem ser “mais” válidas, segundo o seus graus de confiabilidade. Neste particular, vale a pena distinguir duas posições distintas dentro do movimento realista: os “céticos das normas” e os “céticos dos fatos”. Essas duas vertentes produzirão visões diferentes do que venha a ser norma válida, de acordo com suas convicções teóricas.

Os primeiros, os “céticos em relação às normas” desferem um ataque contra a ideia de que o juiz, em sua atividade decisional, possa seguir o esquema da

⁶⁵¹ Uma importante obra, neste sentido, está presente em DEWEY, John. *Logical Method and Law*. In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, págs. 121-130. No texto, Dewey demonstra uma atualidade surpreendente com formas de método de análise jurídica, deixando claro que as disputas entre Hart e Dworkin acerca dos princípios já estavam (bem) plantadas em seu pensamento.

⁶⁵² Como bem alerta LEITER, Brian. *Legal Realism*. In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Reino Unido, 1996, pág. 261.

⁶⁵³ Termo cunhado em famoso texto (em HOLMES, O. W. *The Path of the Law*. In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, pág. 31), e que ganhou grande notoriedade e que representa a ideia de prática administrativa levada a termo pelos tribunais. Na nota abaixo, reproduzimos a famosa passagem.

⁶⁵⁴ Em HOLMES, O. W. *The Path of the Law*. In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, pág. 31, quando o autor, em passagem bastante significativa afirma: “But if we take the view of our friends the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”

lógica silogística,⁶⁵⁵ já que uma operação de tal gênero só se verifica nos livros de lógica. Para estes, na vida real - não somente em relação aos juízes, mas em relação à vida das pessoas, em geral -, as coisas seguem outro caminho: primeiro escolhe-se a solução – com base em interesses e valorações de vários tipos - e, depois, procuram-se as premissas de justificação.

Nos chamados “céticos dos fatos” (*fact-skeptics*), vertente em que Jerome Frank é o principal representante⁶⁵⁶, pode-se perceber uma efetiva ideia antiformalista de direito⁶⁵⁷, já que se voltam contra o que consideram uma “concepção mecânica das interpretações”, sobretudo em nível de individuação da *fattispecie* concreta, nos casos singulares. Entendem, assim, que a reconstrução dos fatos vêm, muitas vezes, por intermédio de provas testemunhais, cuja confiabilidade não se pode pressupor. Consideram, por isso, que o juiz deve interpretar os depoimentos, avaliando-os e valorando-os, não somente em face das palavras, mas a partir da forma como se comportam as testemunhas quando as proferem (gestos, expressões, entonação de voz, etc...).

Para os “céticos das normas” certo grau de previsão (e, portanto, de validade) é alcançável analisando o comportamento e as decisões proferidas pelos juízes, as ideologias que dessas decisões emergem, bem como a classe a que pertencem. Para os “céticos dos fatos”, porém, o nível de previsibilidade é muito baixo, sendo que a validade só é passível de se extrair de sentenças já pronunciadas.

Neste sentido, o legado do realismo consiste no fato de que juízes abertamente consideram políticas ou implicações políticas (em um quadro pragmático de análise) como regras para elaborar suas decisões. Os textos de lei frequentemente se abrem para contextos econômicos⁶⁵⁸, históricos e políticos, que passam a ser

⁶⁵⁵ Aqui, refiro-me, por óbvio, à célebre configuração na qual a norma exerce a função de premissa maior, o caso concreto a premissa menor e, sendo a conclusão uma decorrência desse procedimento lógico.

⁶⁵⁶ Em especial, a posição de ceticismo extremado está presente na obra FRANK, Jerome. *Law and Modern Mind*. 2ª ed. New York: Coward-McCann, 1949.

⁶⁵⁷ Ideia com a qual concordamos e que se encontra presente em FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*. 6ª ed. Milão: Giuffrè, 2008, pág. 17, nota 11. Aliás, acrescenta o autor, nas posições menos extremadas se continua a falar de regras, embora sejam essas qualificadas como regras reais, no sentido em que as mesmas são extraídas dos fatos da vida jurídica ou mesmo no sentido de que as mesmas vinculam o uso da força por parte daqueles que possuem o monopólio do poder. Ou seja, o jurista estará todo o tempo coligado à norma, de maneira que a ciência do Direito permanecerá sendo uma ciência normativa.

⁶⁵⁸ Na linha do que se entende por “econômico aqui, há de tentar uma leitura mais abrangente para se pensar em uma perspectiva de análise econômica do direito, nos termos encontrados em POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, págs. 473 e 474, ou seja, uma perspectiva do *law economics*. Assim, parte-se do pressuposto que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações (exceto as crianças muito novas e as que sofrem graves distúrbios

considerados pelos juízes no momento da decisão judicial.⁶⁵⁹ Por isso, as questões de natureza fática acabam por contribuir no próprio ato de definição do direito, auxiliando, inclusive, no próprio processo de legitimação da regra perante seus destinatários, tema que enfrentaremos no Capítulo 5 deste trabalho.

3.3 As perspectivas de análise da validade jurídica

Como observamos a partir da perspectiva de análise das escolas acima estudadas, são muitos os ângulos pela qual pode ser observado o fenômeno da validade jurídica, já que a mesma, como atributo do direito, expressa a complexidade do próprio fenômeno jurídico. Todavia, para que possamos entender mais propriamente a validade como atributo jurídico, ou seja, como atributo que confere ao Estado o poder legítimo de usar a força, há de se delimitar bem o seu conceito, a fim de que não seja este estendido de forma abusiva para uso ilegítimo e autoritário do direito. Sigamos, então.

3.3.1 A validade como existência normativa

Para aqueles que seguem Kelsen, a validade em uma perspectiva ôntica, ou seja, analisada sob uma perspectiva existencial, não é um atributo da norma, já que, seguindo uma linha estritamente lógica, a validade representa mais do que isso: é ela a própria existência específica. Nesse sentido, validade e existência se confundiriam e, como consequência, uma norma inválida significaria a inexistência normativa, ou seja, estaríamos diante de uma não-norma (jurídica).⁶⁶⁰

Essa é uma questão que traduz importante cisão acerca do tema, já que diversos autores, mesmo concordando que a validade guarda com a existência uma relação íntima, afirmam que a validade é um atributo normativo, e o seu não reconhecimento implica na sua não existência. De toda sorte, cabe lembrar que a validade da norma depende de outros fatores, tais como fazer parte de um

mentais), em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes) que implicam uma escolha.

⁶⁵⁹ Nesse sentido é o que afirma LEITER, Brian. *Legal Realism*. In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Reino Unido, 1996, pág. 261. E finaliza afirmando: “*In this sense, it is often said that ‘we are all realists now’*”. Essa afirmação retrata uma realidade incontestável, pois como afirma CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, pág. 112, o grande mérito dos realistas americanos foi o de ter sublinhado a ação criativa do direito na atividade interpretativa do juiz. O problema, como assinala a autora foi o de terem sustentado a tese até limites extremos.

⁶⁶⁰ Conforme KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 11.

ordenamento jurídico e contar com a pressuposta existência de metanormas que definam as próprias condições de validade.⁶⁶¹

Essa situação é só na aparência de natureza exclusivamente teórica. Ela apresenta grande relevância prática, principalmente no que tange aos efeitos passíveis de serem produzidos pela norma desconforme aos parâmetros constitucionais. Uma não-norma não pode produzir qualquer efeito, por razões que ultrapassam a mera convenção jurídica. Na verdade, estaríamos diante de uma contradição de ordem lógica. A essa temática fundamental voltaremos mais adiante, ao tratarmos dos possíveis efeitos da norma inconstitucional. Porém, a temática da validade como existência suscita outro problema, ainda mais imediato, que é o de saber se a invalidade e inexistência são conceitos autônomos, guardando entre si diferenças conceituais substanciais, ou se é estamos diante de um único conceito, com significado jurídico único, mas que se expressa no mundo por meio de dois significantes. É do que trataremos a seguir.

3.3.1.1 As relações entre inexistência e invalidade

Discute-se se a questão acerca de uma possível autonomização conceitual entre “inexistência” e “invalidade” é realmente uma necessidade para melhor organização sistêmica ou se não estaríamos diante de uma mera subdivisão dentro de um mesmo quadro fenomênico (inexistência como um fenômeno agravado de invalidade).⁶⁶² Ou ainda, se a inexistência significaria, para além de uma teoria da invalidade, um vazio jurídico determinado por considerações fundamentalmente lógicas, o que para alguns pode vir a caracterizar um falso problema sem solução.⁶⁶³

Em geral, no Direito Comparado é aceita a tese de que há um mínimo de formalidade a ser respeitada para que se reconheça a existência do ato.⁶⁶⁴ Se por um lado, a situação coloca-se de forma um pouco mais clara em Portugal por expressa disposição constitucional (art.137º; art.140º; art. 172º/2 e art. 119)⁶⁶⁵, a

⁶⁶¹ Conforme bem observa CONTE, Amadeo G. *Condizione de autonomia*. In: *Materiali per una Storia della cultura giuridica*. XXXVI- 1. Bolonha. Il Mulino, 2006 págs. 463-465.

⁶⁶² SOARES, Rogério E. *Acto Administrativo*. In: *POLIS - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editorial Verbo, s/ano, v. V, pág. 104.

⁶⁶³ É a posição assumida por SOARES, Rogério E. *Acto Administrativo*. In: *POLIS - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editorial Verbo, s/ano, v. V, p. 104, e SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, 1988, pág. 183.

⁶⁶⁴ Neste sentido, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pág.138-139.

⁶⁶⁵ Segundo CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 945, com exceção dos referidos dispositivos que conduzem à inexistência do ato

impressão que se tem é de que a doutrina publicista brasileira não parece se interessar muito pelo tema⁶⁶⁶, face à ausência de distinção legal ou constitucional entre invalidade e inexistência nos textos positivos.

Como decorrência natural, tal fato gerou, no Brasil, a ausência de estímulo para uma investigação doutrinária mais aprofundada sobre o tema. Deve-se ressaltar, porém, a existência de doutrinadores brasileiros que, embora tendam a considerar que o vício do ato de promulgação da lei determina sua inexistência⁶⁶⁷, deixam de enfrentar a questão fundamental de ordem prática, que é a de tornar explícitos quais os efeitos dessa declaração de inexistência no âmbito do sistema jurídico.

Havendo quem considere que o ato normativo inexistente configura o não-ato,⁶⁶⁸ conclui-se, então, que teríamos uma autonomização conceitual entre o ato normativo inexistente e o ato normativo inválido, estando presente no primeiro vício em tese mais grave do que aquele que contamina a norma inválida. Entretanto, a ideia de um ato que venha a representar um não-ato apresenta mais que uma contradição terminológica, mas também, e principalmente, uma contradição ontológica.⁶⁶⁹ Até mesmo porque, a própria aparência de norma afasta a pressuposta ideia de que não tenha o ato normativo existido no mundo jurídico.⁶⁷⁰

normativo, as demais nulidades levam a um esquema da nulidade *ipso iure*. Já em MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, o autor informa que a inexistência jurídica consiste na total ausência de aptidão para que um ato aparente produza os efeitos jurídicos correspondentes a um ato jurídico típico, em razão de carecer dos mais elementares requisitos de identificação constitucional.

⁶⁶⁶ Segundo VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 122, a doutrina pátria não logrou estabelecer uma nítida diferença entre validade de e existência.

⁶⁶⁷ É o caso de MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.227 e MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p.562. Já BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82, entende que seria inexistente uma lei que não houvesse sido resultado de uma vontade emanada pelo agente legisferante competente.

⁶⁶⁸ Neste sentido, a posição de SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, 1988, p. 183 *et seq.*, quando o autor admite que diante de um ato inexistente, não sendo necessária sua declaração, a coisa julgada não pode ser alegada, gerando o direito de resistência.

⁶⁶⁹ É o que parece ser também a conclusão de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 946, quando informa que um ato inexistente é ainda um ato.

⁶⁷⁰ Parece, também nesta direção MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo II, p.88. Porém, também este autor situa-se em posição daqueles que recusam qualquer efeito ao ato inexistente, quando assevera que o mesmo não produz nenhum efeito desde a origem, sem necessidade de declaração por parte de qualquer órgão com competência específica, não faz caso julgado e os cidadãos não estão adstritos a acatá-lo. De forma ainda mais contundente posiciona-se MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 57-60 quando afirma que a doutrina francesa em dois pontos: "(a) Primeiro, por considerá-lo uma categoria jurídica, quando se trata, na realidade, de mera situação fática, exatamente porque o ato não chegou a entrar no mundo do direito por não se haver realizado, suficientemente, o seu suporte fático; inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, jamais do mundo jurídico. (b) Segundo,

Ao ato normativo inexistente é negado por completo qualquer efeito, sendo que a doutrina portuguesa entende, em princípio, que esse “supervício”⁶⁷¹ normalmente explicita-se a partir de violação de natureza formal, já que as transgressões de natureza material seriam solucionadas na esfera da nulidade⁶⁷², apesar das vozes dissonantes.⁶⁷³ Interessante observar, que apesar do reconhecimento quase unânime da possibilidade de emanção de um juízo de inexistência do ato inconstitucional pela doutrina portuguesa, o mesmo reconhecimento não se dá na esfera do Direito Civil - o que não deixa de ser surpreendente -, ou mesmo do Direito Administrativo⁶⁷⁴, levando-nos a deduzir que a previsão constitucional desta modalidade de vício não só é fator primordial para que a doutrina portuguesa reconheça a inexistência, mas, principalmente, estabeleça suas fronteiras conceituais, autonomizando-a substancialmente do conceito de invalidade.

Voltando ao caso brasileiro, se na França, onde a teoria do ato inexistente floresceu, sua aceitação pelos civilistas clássicos (Planiol y Ripert, Josserand, Colin y Capitant) é indiscutível, no Brasil, apesar de algum reconhecimento por parte da doutrina civilista⁶⁷⁵, a tese não recebeu maiores adesões na doutrina publicista. Nesse sentido, parece-nos que nos países em que a norma positiva não determinou a obrigação de se estabelecer fronteiras conceituais, a diferenciação entre

pela exigência de que o ato inexistente terá de ser desconstituído judicialmente. O que não é não precisa ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi. Pode haver necessidade de declaração da inexistência, não, porém, de desconstituição.”

⁶⁷¹ Conforme GOUVEIA, Jorge Barcelar. *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p.28-29, a inexistência ocorre quando a inconstitucionalidade, sendo de tal forma grosseira, impede a qualificação do ato em relação ao tipo para que foi concebido.

⁶⁷² É a posição de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo II, p.88, com a qual concordamos, quando informa que o que importa para o ato existir juridicamente é que haja uma vontade subsumível na previsão de uma norma constitucional. Não há necessidade que a norma se conforme desta ou daquela maneira.

⁶⁷³ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 946, que entende que há vício material gerador de inexistência do ato normativo.

⁶⁷⁴ Conforme GOUVEIA, Jorge Barcelar. *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p.28.

⁶⁷⁵ Capitaneando a tendência observamos em MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado - Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 22, que o autor, considerado por muitos a maior referência doutrinária civilista do Brasil, divide o mundo jurídico em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, seguindo a tradição do Direito Civil francês. Todavia, ainda é bastante controversa a aceitação, pela Doutrina, do ato inexistente e sequer Código Civil Brasileiro o menciona. Porém, já há decisão judicial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que ao tratar de alienação de imóvel pertencente à sociedade, acolheu a referida teoria (Recurso Especial n.º 115.966/SP, proferido pela 4ª Turma). Aceitam também a teoria do ato inexistente, na esfera do Direito Civil, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I, pág.52. Já MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. I, pág. 264-265, apesar de reconhecer a divisão tripartida afirma que o legislador pátrio reconhece no ato inexistente simples fato inidôneo à produção de consequências jurídicas.

validade e existência não se revela essencial a ponto de alterar as consequências naturais de um ato inválido ou inexistente.

E é por isso, que preferimos seguir os passos daquele que entendem que afirmar que uma norma é válida equivale dizer que aquela norma existe⁶⁷⁶. E essa escolha fundamenta-se em dois principais motivos. O primeiro deles é que se podemos perceber que quase todos os publicistas pátrios deixam de fazer referência à inexistência da norma jurídica, é porque ignoram possíveis diferenças de cunho essencial entre os efeitos atribuídos a esta e aos efeitos atribuídos à norma inválida. O segundo, corolário do primeiro, fundamenta-se no fato de não haver estudos sobre os efeitos da norma inexistente que tomem o ordenamento brasileiro como referência, em um nível de aprofundamento mínimo que possa servir como direção para o desenvolvimento de um quadro de diferenciação teórica entre validade e existência.

Há quem afirme que poderia vir a ser considerado uma característica diferenciadora entre inexistência e invalidade o nível de graduação do vício: aos vícios formais mais rudes, teríamos a manifestação da inexistência. Porém, se consideramos possível extrair norma jurídica sem que se fundamente esta, necessariamente, em um texto normativo (baseada esta tão somente na inteligência do sistema), por muito maior razão é difícil admitir que um vício de forma, seja ele qual for, possa representar, *per si*, parâmetro decisivo para afastar uma norma do sistema jurídico, sem um maior aprofundamento reflexivo. Essa temática será objeto de análise mais aprofundada um pouco mais adiante.

Aliás, acreditar que só a norma positiva expressa é capaz de vincular o destinatário traduz uma visão reducionista, pois que, mesmo em um sistema que ainda possui uma forte componente legalista como o brasileiro, já se começa a vislumbrar ser plenamente possível conceber que normas não expressas (implícitas, portanto) possam criar um vínculo normativo - no sentido de geração de respeito, de sentimento de obrigatoriedade psicológica, de vinculação interna (ou seja, exteriorizam uma

⁶⁷⁶ Em NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis Del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, pág.132, o autor afirma que é possível que os critérios de validade e os critérios de existência de uma norma venham a ser os mesmos. Outra posição interessante é a esposada em COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao Direito. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, pág. 66, quando o autor alerta que é a vigência que permite afirmar que uma proposição normativa *é* uma norma jurídica. Também entre nós, a posição em BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 13, é neste sentido, quando afirma "*Uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender requisitos impostos pela norma maior*"

aparência de legitimidade) - maior do que eventual regra legalmente imposta, mas que não produza adesão psicológica ao destinatário.

Pode-se, inclusive, ir mais adiante: se a lei adentrou no mundo jurídico e produziu efeitos no mundo fenomênico, podemos simplesmente, por uma mera ficção jurídica, admitir que ela não existiu? E se à produção de efeitos adiciona-se o reconhecimento da norma pelos destinatários? É essa, portanto, uma tese, no mínimo, controvertida. Por isso, filiamo-nos àqueles que afirmam que mais se respeita a Constituição resguardando seus mais caros valores, do que preservando alguns dogmas exclusivamente formais.

Entendendo, então, não haver, sob uma perspectiva jurídica, diferenciações essenciais entre inexistência e invalidade que possam justificar a concessão de diferentes consequências jurídicas,⁶⁷⁷ preferimos nos juntar àqueles que não consideram útil a discriminação conceitual. Neste sentido, entende-se ser este um caso típico para utilização metodológica da “navalha de Occam”, já que, havendo duas teorias com poder explanatório equivalentes para externar determinado fenômeno, deve-se preferir a mais simples.⁶⁷⁸

Por isso, o que por ora se defende é que enquanto o conceito de ato normativo inexistente não tiver seus contornos delineados de forma mais precisa - como é o caso brasileiro⁶⁷⁹ -, preferível é que não se autonomize perante a teoria da invalidade.⁶⁸⁰ Isto porque, esta não só possui uma estrutura teórica mais desenvolvida no âmbito da tradição jurídica brasileira, como também a utilização de uma teoria da

⁶⁷⁷ Bastante oportuna a consideração em VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 185, quando o autor atentando para um excesso de tipos passíveis de consequências da inconstitucionalidade (revogação, perda de eficácia, anulabilidade, nulidade, inexistência, irritio) afirma ser possível incorrer-se em erro e acabar por não se declarar coisa alguma, ao menos de forma criteriosa, tendo como parâmetro a segurança jurídica.

⁶⁷⁸ É bem verdade, que partimos do princípio que ambas têm o mesmo poder explanatório, pois se uma teoria mais complexa é capaz de explicar melhor do que a outra, mesmo que de forma menos simples, devemos preferi-la. Portanto, Occam não sacrificava a melhor teoria para satisfazer a possibilidade de simplificação teórica.

⁶⁷⁹ Nesse sentido, vale lembrar a posição de um dos maiores publicistas brasileiros, que diante do conceito parece ele próprio ter dificuldades de discernir conceitos. Segundo MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pág. 150, o “Ato inexistente é o que apenas tem aparência de manifestação regular da Administração, mas não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo. É o que ocorre por exemplo, com o “ato” praticado por um usurpador de função pública. Tais atos equiparam-se, em nosso direito, aos atos nulos, sendo assim irrelevante e sem interesse prático a distinção entre nulidade e inexistência, porque ambas conduzem ao mesmo resultado – a invalidade – e se subordinam às mesmas regras de invalidação. Ato inexistente ou ato nulo é ato ilegal e imprestável, desde o seu nascedouro.”

⁶⁸⁰ Neste sentido, quando em CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, pág. 49, o autor afirma que “Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido.”, parece-nos que não distingue invalidade (inconstitucionalidade) de inexistência.

inexistência não nos parece capaz, sob uma perspectiva pragmática, de oferecer melhores soluções do que as que já oferece a teoria da invalidade.

3.3.2 Validade como Obrigatoriedade

A segunda caracterização do fenômeno da validade é quanto à obrigatoriedade de observação das normas válidas, ou a força vinculante das normas.⁶⁸¹ Neste âmbito, essa parece ser uma afirmação sem grande polêmica no âmbito jurídico, já que possíveis problemas se localizam não na obrigatoriedade de aplicação da norma, mas em própria definição acerca do que seria uma “norma válida”.

Na direção apontada por Kelsen, quando informa que a norma válida tem de ser observada⁶⁸², Alf Ross faz interessante e acertada observação acerca desta perspectiva de análise. Segundo o jurista dinamarquês, o sentido de obrigatoriedade como pretensão de obediência é o único sentido verdadeiramente normativo⁶⁸³ de validade, já que, ao predicar normas jurídicas, a “validade-obrigatoriedade” equivaleria a prescrever a obediência à lei.⁶⁸⁴ Esta é uma posição teórica que parece perfeitamente adequada a uma visão positivista de direito, aliás, coincidente com o movimento constitucionalista erguido a partir do Século XVIII que, legalista, não poderia asseverar algo diverso. O problema então é saber se a obrigatoriedade ainda deve ser lida nessa direção.

Mesmo as vertentes positivistas já reconheciam, tranquilamente, sem discussões, a possibilidade de se afastar a incidência normativa de uma norma válida. É o caso do famoso conflito aparente de normas entre a *lex specialis* e a *lex*

⁶⁸¹ Tema bem desenvolvido por COTTA, Sergio. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Milão: Giuffrè, 1981.

⁶⁸² Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 221 e seguintes.

⁶⁸³ Alf Ross estabelece uma aguda análise acerca do pensamento kelseniano em ROSS, Alf. *O Concetto di Validità e il conflitto fra positivism giuridico e giusnaturalismo*. In: GUASTINI, Ricardo de; FEBBRAJO, A. (Orgs.). *Critica del Diritto e analisi del linguaggio*. Bolonha: Il Mulino, 1982, pág. 137-158. Segundo Ross, Kelsen usa o termo “validade” em três sentidos diversos, ainda que coligados: além da aqui citada obrigatoriedade, no sentido de pretensão de obediência, a validade poderia ser compreendida no sentido de existência da norma (como visto anteriormente), ou mesmo como pertencimento da norma ao sistema jurídico em acordo com as regras formais estabelecidas neste, para a produção de outras normas. Esses dois últimos sentidos citados, diferentemente daquele que visualiza o fenômeno como obrigatoriedade (e que tem natureza normativa), segundo Ross, teriam uma perspectiva cognoscitiva.

⁶⁸⁴ Tratando da questão da obrigação, em HART, Hebert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 92 e seguintes, o autor aponta para a não suficiência de que uma norma social exista porque se tenha a mesma como fonte de obrigação. É necessário também que seja persistente a exigência geral de conformidade e grande pressão social sobre aqueles que dela se desviam.

generalis. Porém, nas concepções neoconstitucionais, em razão dos pressupostos teóricos, os casos se multiplicam, sendo cada vez mais admitida pelos diversos teóricos a possibilidade de inaplicação da norma em razão de afronta, no caso concreto específico, a possíveis valores de justiça. Posições cognitivistas do direito têm tal posição como premissa.

Melhor dizendo, o caso concreto em algumas situações pode requerer a aplicação de uma norma específica, sendo que aquela que não incidiu - e, portanto, não obrigou -, não o fez, não por ser considerada norma inválida, posto que segue tendo reconhecida sua validade, mas simplesmente por não ser aplicável àquele caso concreto específico. É caso de ineficácia jurídica, mas não de invalidade.

Porém, enquanto em concepções positivistas é necessário que haja uma norma-regra ainda mais específica expressa (*lex specialis*) para que se afaste a incidência de norma-regra genérica (*lex generalis*) válida, nas concepções neoconstitucionais a possibilidade de que a norma expressa viole de forma veemente princípios de justiça em determinadas situações concretas específicas, pode levar o afastamento de sua incidência. Neste caso, a justificativa para o afastamento da regra fundamenta-se em uma suposta colisão com normas-princípio, o que só pode, a nosso juízo, ser aceito em situações especialíssimas⁶⁸⁵, já que, em tese, no momento da determinação da extensão conteudística da norma.

3.3.3 Validade e a regulação de juridicidade em face dos princípios jurídicos

A temática anterior nos leva a um outro problema semelhante, embora mais comum. Uma questão que não podemos afirmar que se encontre no campo das exceções em tempos neoconstitucionais é aquela em que, inexistindo regra específica para solução do caso concreto, necessita o decisor construir a regra específica, utilizando-se para tanto de normas-princípios que, muitas vezes, conflitam entre si. Nesses casos, tal construção se dá a partir da ponderação dos valores conflitantes - transportados para dentro do sistema positivo por meio das referidas normas-princípio -, sendo possível (embora não desejável) que o princípio preponderante possa, em

⁶⁸⁵ Evidentemente que é o caso das normas derrotáveis. Em SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madri: Marcial Pons, 2004, pág. 92 e seguintes, o autor trata da textura aberta das regras, deixando claro que as generalizações regrativas (com maior probabilidade de ocorrência) não significam, necessariamente, universalizações.

muitos casos, afastar por completo a incidência de um dos princípios que com ele rivalizava para a produção do caso concreto.

Nesses casos o princípio preterido, embora afastada sua incidência no caso concreto, permanece como norma válida no sistema. Vê-se, inclusive, que pelas formulações teóricas neoconstitucionais pós-positivistas não é a obrigatoriedade uma característica que defina a validade tal como era para concepções positivistas. Aliás, se as regras são reconhecidas como válidas tendo por base critérios preponderantemente formais, os princípios, ao contrário, devem ser reconhecidos sobre a base de seu conteúdo, valor e significação.⁶⁸⁶

3.3.4 Validade como análogo de verdade (conceito semântico de verdade)

Uma terceira caracterização do fenômeno da validade é aquela que a analisa sob uma perspectiva semântica, ou seja, a validade como um análogo da “verdade”⁶⁸⁷. Diferentemente dos enunciados linguísticos descritivos que exprimem enunciados verdadeiros ou falsos, preferimos entender que os enunciados linguísticos prescritivos devem ser analisados sob a perspectiva da validade/invalidade⁶⁸⁸. Isso por que quando tratamos da verdade, o predicado indica uma propriedade do objeto ao qual se refere — e, nessa medida, pode ser empiricamente verificado. Porém, quando afirmamos que uma norma é válida, não se trata de uma qualidade imanente à norma, mas de uma qualidade relacional, pois uma norma não é válida em si mesma, já que somente pode sê-lo em relação a um sistema de normas.

Nesta direção, concordamos com a posição kelseniana explicitada em Teoria Geral do Direito e do Estado, quando o jurista já informava que uma norma não é uma afirmação sobre a realidade, não podendo por isso ser verdadeira ou falsa. A norma submete-se, tão somente, a um julgamento de validade ou invalidade.⁶⁸⁹ O uso de uma deôntica que tenha na “verdade” um dos elementos de análise, serve

⁶⁸⁶ Nesta direção, TOLONEN, Hannu. *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E. G.; UUSITALO, J. (Orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pág. 69.

⁶⁸⁷ Embora “verdade” possa ser analisada sob vários prismas (ver em BLACKBURN, Simon. (Org.). *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997), tais como verdade como correspondência, verdade como coerência, verdade como limite ideal, verdade como redundância, verdade como descitação, a verdade sob olhar da teoria pragmática. Para aqueles que a utilizam no âmbito jurídico ela mais se relaciona à verdade lógica ou no âmbito da teoria semântica da verdade.

⁶⁸⁸ Essa analogia, embora facilite o entendimento do tema, é objeto de controvérsia no âmbito da lógica deôntica. É o tema levantado na obra de LORINI, Giuseppe. *Il valore logico della norma*. Bari: Adriática, 2003.

⁶⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*. Milão: Etas, 2000, pág. 111.

fundamentalmente àqueles sistemas que se baseiam em dados empíricos, embora haja autores que entendam que o termo, quando usado no âmbito normativo-jurídico, deva ser compreendido como um sistema fundamentalmente lógico.⁶⁹⁰

De toda sorte, preferimos que o fenômeno da juridicidade/não-juridicidade seja avaliado não só por uma perspectiva lógica, mas também pelos filtros da experiência e dos valores (mesmo que circunstanciais), razão pela qual a consagrada terminologia “validade/invalidade” é a aquela que melhor responde às necessidades classificatórias do conhecimento jurídico. Nessa perspectiva, preferimos abdicar de uma linha teórica que correlacione o conceito de validade com o de “verdade”, nos termos acima apresentados, como já foi defendido por alguns positivistas.

Todavia, há de se ter cuidado para não se fechar a questão de forma peremptória. Se aceitamos a visão de Peirce, que entende a verdade como “aceitabilidade racional”, ou seja, como “resgate de uma pretensão de validade criticável sob condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico”, a aproximação entre verdade e validade (que Habermas chama de validade veritativa)⁶⁹¹, tende a ocorrer na direção de uma lógica pós-positivista, defendida neste trabalho.

Isso porque, a aceitabilidade racional, nas condições idealizadas por Habermas, afasta, inclusive, a possibilidade de existência de uma “verdade essencialista”, e vai buscar uma validade defensável pela via argumentativa, diante de um auditório em que os intérpretes buscam a um acordo racional.⁶⁹² Esse acordo racional (que se instrumentaliza por meio do direito) deve ser o ponto final nas disputas hermenêuticas (guiadas por procedimento igualmente racional), de forma a se aferir validade (legítima) do conteúdo normativo objeto do acordo.

⁶⁹⁰ Ver, por exemplo, os seguintes artigos: FILIPPONIO, Angiola. *Verità di norme*. In: FILIPPONIO, Angiola. (Org.). *Verità e normatività*. Milão: Giuffrè, 2005, págs. 15-56; INCAMPO, Antonio. *Regole e verità*. In: FILIPPONIO, Angiola. (Org.). *Verità e normatività*. Milão: Giuffrè, 2005, págs. 46-79. Porém, embora não desprezemos uma análise de prisma lógico no âmbito da análise da validade, a verdade é que o fenômeno jurídico, segundo nossa visão neoconstitucional, não se limita a ser um fenômeno lógico, pois absolutamente inepto para avaliar, *per se*, a complexidade do fenômeno jurídico. Muito mais ainda quando se está diante de um sistema, como o brasileiro, que nunca se inclinou às análises puramente logicizantes.

⁶⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 31.

⁶⁹² Segundo PEIRCE, Charles S. *Collected Papers*. [S.l.]: Harvard University Press, s/ano, v. V, pág. 311, o real é que, mais cedo ou mais tarde, a informação eo raciocínio finalmente fazem aparecer, independente dos nossos caprichos. A própria origem da concepção da realidade mostra que essa concepção envolve essencialmente a noção de uma comunidade, sem limites definidos, e capaz de um crescimento permanente do conhecimento.

Embora entendamos que o termo “validade” continua sendo o mais adequado para denominar o conceito do qual estamos tratando, seja pela tradição que a expressão possui para explicitar a ideia de juridicidade, seja pelas adicionais dificuldades que a terminologia “verdade” acaba por estabelecer em razão de sua amplitude semântica, o fato é que a forma como Habermas e Peirce analisam o fenômeno de aproximação entre verdade e validade muito se aproxima do que entendemos como adequado e compatível em uma perspectiva neoconstitucional, pois tende a transmitir ao sistema uma pretensão de correção⁶⁹³ capturada, não por uma idealidade advinda da verdade lógica, mas outra mais adequada (porque legítima em seu sentido *lato*), extraída de uma comunidade de intérpretes inseridos no mundo.⁶⁹⁴

3.3.5 A Validade/invalidade como predicado normativo binário

A dificuldade de se extrair um conceito do que venha a ser o direito parece se transferir para a o âmbito da definição de validade. A determinação do conceito passa não somente pela ambiguidade que o termo carrega consigo, mas certamente, pelas múltiplas formas como é percebido o fenômeno jurídico pelas diversas concepções. E não se trata de embuste com vistas a obscurecer um quadro que por si só é denso e complexo. Autores de grande reconhecimento na esfera acadêmico-jurídica chegam a identificar, no mínimo seis significações⁶⁹⁵, autonomamente consideradas, para o termo.⁶⁹⁶

⁶⁹³ Que na linha de ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madri: Marcial Pons, 2008, pág. 46, entendemos que é a pretensão de correção uma propriedade central do direito.

⁶⁹⁴ Nesta direção, em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pág. 31, quando o mesmo faz referência à visão linguística operada por Charles Sanders Pierce. Neste caso, segundo Habermas, “O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo compartilhado intersubjetivamente”. Também essa temática é enfrentada em HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, págs. 77 e seguintes, quando Habermas trata da guinada pragmática na teoria do significado.

⁶⁹⁵ No caso específico, ver NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis Del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 132-133. O autor identifica seis focos de significação para a expressão: a) em uma primeira acepção, quer significar “existência”, ou seja, os critérios para reconhecimento da validade de uma norma seriam os mesmos que identificariam sua existência; b) na segunda, poder-se-ia identificar a validade de uma norma com sua justificabilidade, ou seja, com sua força moral obrigatória; c) em uma terceira configuração quer significar que existe outra norma jurídica, de cariz superior, que declara que sua aplicação é obrigatória; d) em mais uma possibilidade, vislumbra-se que seja válida a norma quando seus ditames estejam autorizados por outra norma; e) também pode querer dizer que uma norma é pertencente a um determinado sistema jurídico; f) ou podem, finalmente, querer dizer que uma norma tem vigência ou até eficácia, ou seja, que são observadas e aplicadas.

⁶⁹⁶ Afora possíveis conceitos construídos a partir de combinações entre elas. Entretanto, tal pluralidade de significações não pode servir como pretexto para nos desencorajar na busca do sentido, que deve ser eleito como o mais adequado, principalmente a partir de uma construção que leve em conta a assunção de uma estrutura tridimensional do direito como a mais apropriada para explicar o fenômeno jurídico, o que já reduz consideravelmente o espectro de análise.

Há pontos que parecem ser compartilhados por uma grande parte da doutrina que trata do tema, ou seja, o fato de ser a validade a conformidade a um modelo, a um esquema, ou mesmo a uma regra ou norma. Neste sentido a invalidade é a ausência dessa conformidade, partindo do pressuposto, por nós assumido, de que o fenômeno não comporta estágios intermediários. Essa perspectiva de análise nos leva a uma questão lógico-filosófica que é aquela que faz depender do atributo “validade” o reconhecimento de existência da norma, conforme vimos acima. A invalidade jurídica, assim, acaba por se confundir com a ideia de “não-juridicidade” e, portanto, algo que não tem o condão de estabelecer relações jurídicas.

O conceito de norma, segundo Alexy, não pode ser definido de maneira tal que já pressuponha sua validade ou existência, pois existe um óbvio interesse em tratar da “invalidade” e da “inexistência.”⁶⁹⁷ Todavia, se por norma entendemos tão somente a norma válida, considerar como inválida ou inexistente uma norma significa mais que uma impropriedade linguística, uma verdadeira *contraditio in terminis*.⁶⁹⁸ Voltamos àquela situação embaraçosa de afirmar que o “*não ser*” é (ou mesmo “*possa ser*”), e que já os gregos, desde Parmênides, refutavam.

A questão que se refere aos possíveis predicados que podem ser atribuídos a uma norma jurídica é tema de fundamental importância no presente trabalho. Como vimos acima, se de enunciados meramente descritivos predica-se verdade ou falsidade, no âmbito da análise do direito, quando estamos diante de enunciados prescritivos, preferimos a posição daqueles que rejeitam a possibilidade de serem estes classificados como verdadeiros ou falsos⁶⁹⁹.

Por essa razão, no âmbito da análise normativo-jurídica, ou seja, o mundo do “dever ser” jurídico⁷⁰⁰, os atributos possíveis são a validade ou a

⁶⁹⁷ Conforme, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 56.

⁶⁹⁸ Neste sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 56. Também nesta perspectiva de análise, FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.93 e 94, quando o autor informa que a identificação da norma pela sua validade propõe inúmeras dificuldades, sobretudo no que se refere à compreensão das denominadas normas inválidas.

⁶⁹⁹ Neste sentido, LUÑO, Antonio E. Pérez. et al. *Teoría Del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madri: Tecnos, 1997, págs. 193-194, opondo-se a KALINOWSKI, G. *Lógica do Discurso Normativo*. Madri: Tecnos, 1975, pág. 23, que afirmara a possibilidade de se extrair veracidade de prescrições normativas.

⁷⁰⁰ Neste sentido, o fato de ser observável em doutrinas jurídicas modernas linhas de pensamento antinormativas (v.g. os realismos jurídicos norte-americano e escandinavos em suas várias espécies), bem como ser possível se reconhecer uma inequívoca aproximação em vários aspectos, entre as tradições da *common law* e da *civil law*, o fato é que embora a tradição jurídica positivista-naturalista brasileira tenha exaltado o caráter sociológico do direito como fato (ser), pode-se dizer que uma das ideias que vingaram no pensamento jurídico brasileiro (no âmbito de um hibridismo que se fez presente também no âmbito do pensamento positivista adotado no Brasil) foi de reconhecer a tese kelseniana de

invalidade⁷⁰¹. Esses dois atributos possíveis acabam por manter uma relação complementar que se encerra unicamente nessas duas possibilidades. Como bem afirma Habermas, a expressão “deontológico” refere-se a um caráter obrigatório, codificado de maneira binária: normas são válidas ou inválidas.⁷⁰² Por isso, na linha de uma respeitável doutrina, entendemos que a atribuição de validade/invalidade a uma norma pode ser analisada na perspectiva relacional⁷⁰³ de oposição. A não-validade não pode ser meia validade ou até mesmo quase-validade, mas somente invalidade⁷⁰⁴.

Entende-se que há qualidades que são passíveis de serem apontadas como em conformidade com a natureza prescritiva das normas a ponto de servir-lhes como atributos, como: a validade, a eficácia⁷⁰⁵, a existência⁷⁰⁶ ou mesmo, para os jusnaturalistas, a justiça. De qualquer forma, reforce-se, o atributo da validade jurídica, no senso que entendemos correto, é aquele que, por excelência, transfere à norma o atributo da juridicidade. A norma que não possui esse atributo não é norma de direito.

situar-se o direito no âmbito do *dever-ser*. Nesta perspectiva, parece precisa a asserção de FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*. 6ª ed. Milão: Giuffrè, 2008, págs. 17-18, quando afirma que é possível discutir se o momento normativo (em relação ao momento fático) é o momento principal, mas não se pode, todavia, desconhecer que seja ele um momento essencial do fenômeno jurídico. Assim, se é possível fazer concessões à dimensão fática do Direito, não é possível deixar de reconhecer a fundamentalidade de sua dimensão normativa.

⁷⁰¹ Também aqui não parece haver polêmica entre juristas e filósofos do Direito. Porém, vale a pena ressaltar que a validade/invalidade não são os únicos atributos normativos. Podemos, apenas para citar exemplos apresentados em CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009, pág. 18, lembrar que justiça/injustiça, eficácia/ineficácia são atributos normativos.

⁷⁰² Em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de Teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pág. 356.

⁷⁰³ É o caso de MODUGNO, Franco. *Validità*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, v. XLVI, pág. 1. E é nessa direção que, mais adiante, defenderemos a necessidade de se interpretar a relação validade/invalidade sob uma perspectiva binária.

⁷⁰⁴ Enfrentaremos o tema da chamada “validade parcial”. Porém, antecipando-nos, podemos, desde já, afirmar que a atribuição de validade parcial a uma norma implica dizer que estamos diante de norma válida, cujos efeitos não podem ser reconhecidos em toda suas extensões. Essa posição parece contrastar com a atual posição do ordenamento jurídico brasileiro e do STF que reconhece efeitos da norma inválida, conforme teremos a oportunidade de analisar. Ainda sobre este tema, em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de Teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pág. 356 e seguintes, o autor vai criticar a posição de Robert Alexy por entender que o caráter deontológico das normas jurídicas (de caráter binário) são incompatíveis com a “ordem transitiva” dos princípios jurídicos. Mesmo que admitamos que os argumentos de Habermas são consistentes, no sentido de que efetivamente existe uma certa dificuldade de natureza conceitual em relacionar tão intimamente os valores (de caráter axiológico) e os princípios (de caráter deontológico), entendemos que a tese de Alexy não ataca o caráter binário da validade. Também os princípios, como normas que são, podem ter reconhecida sua juridicidade ou não-juridicidade. A abrangência de sua aplicação no mundo, a partir do caso concreto sobre o qual incide, é que é diversa em relação as chamadas “normas-regra”, que segundo Alexy e Dworkin (em menor escala, por entender que são aplicada de forma binária (tudo ou nada), embora também sobre essa questão, como já dito, parem algumas polêmicas (possibilidade de se ponderar regras).

⁷⁰⁵ Conforme em AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoria del Derecho*. (Obra coletiva coordenada por MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López). Madrid: Colex, 1999, pág. 137. Essa é a posição por nós assumida, ainda que utilizemos uma outra nomenclatura para designar cada um desses atributos, conforme teremos a oportunidade de explicar no decorrer deste capítulo.

⁷⁰⁶ Muitos autores consideram ser a existência um dos atributos normativos, como por exemplo, BARROSO. Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.81. Não é a posição por nós corroborada, pelos motivos que serão expostos no decorrer do trabalho.

Isso não significa que perca a condição normativa, mas apenas que não possui a condição normativo-jurídica, o que implica, como consequência, a impossibilidade de conceder autorização para que o Estado use de sua força (violência legítima) para fazer valer o disposto naquele comando normativo.

A este ponto, já nos parece adequado reconstruir um conceito de validade jurídica no contexto específico brasileiro. As dificuldades neste âmbito, como tivemos a oportunidade de observar no Capítulo I, referem-se à tentativa de organizar as diferentes construções doutrinárias que a nós se apresentam e cuja diversidade se atrela não somente em razão das diferentes perspectivas histórico-temporais em que foram as mesmas construídas, mas também em função das distintas linhas filosófico-jurídicas em que se fundam.⁷⁰⁷

Assim, sem procurar encontrar uma síntese reveladora, que entendemos ser tarefa destituída de sentido, dada a incompatibilidade entre determinadas construções, passaremos a desenvolver uma definição do conceito de validade⁷⁰⁸ a ser adotada para fins de uma linha compatível com a tradição do sistema jurídico brasileiro. Fazemo-lo, por entendermos que cada sistema tem suas particularidades específicas, que exigem ajustes, ainda que submetidos a um quadro teórico geral, mais abrangente, compartilhado com sistemas que dele se avizinham por razões históricas e ideológicas.

3.3.6 A relação entre validade e fonte

Ao tratarmos da relação entre a validade jurídica e as fontes do direito, faz-se importante que estabeleçamos, de antemão, o que está se entendendo por “fontes do direito”⁷⁰⁹. Seriam, na nossa visão, todos os fatos e atos jurídicos dos

⁷⁰⁷ Sobre a questão, concordamos por inteiro com a posição expressa em FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y Fundamento de la Validez Del Derecho*. Madrid : Civitas, 1994, p. 23-24, quando a autora afirma: “*Es posible encontrar divergencias en materia terminológica incluso dentro de un mismo pensador. Se puede así afirmar que en cada lengua no hay univocidad, entre las diferentes lenguas no hay biunivocidad y entre los varios autores o dentro de un mismo no hay uniformidad.*”

⁷⁰⁸ Como bem chama atenção BARBERIS, Mauro. *Filosofia del Diritto. Un'introduzione teorica*. 3ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 2000, págs 52 e 53, a definição é um modo de remediar, ao menos, parcialmente, a indeterminação das palavras, tornando seu significado mais claro e preciso.

⁷⁰⁹ Como bem afirma PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pag. 10 e seguintes, a locução fonte do direito é além de metafórica, ambígua. Entre os vários sentidos possíveis, fazemos referência a quatro: um primeiro senso, pode indicar um tipo de documento ou de ato normativo (v.g. lei, constituição, o código, os precedentes); um segundo senso designa um tipo de procedimento ou de atividade que pode produzir os textos ou documentos citados anteriormente, ou seja, a legislação como uma atividade que acaba por dar gênese a novos documentos normativos (como afirma GUASTINI, Ricardo. *La sistassi del diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, pág. 116); um terceiro senso, muito usado em Kelsen, diz respeito à normas que autorizam a produção de outras normas, ou seja, normas que autorizam a produção normativa (como por exemplo os artigos 60 e seguintes da

quais , em um dado contexto cultural, ou mesmo ordinariamente, se pudesse reconhecer a capacidade de modificar ou inovar o próprio ordenamento. Assim, entendemos que as fontes do direito são documentos que os intérpretes, em particular, os órgãos de aplicação, são idôneos para exprimir normas como resultado de atividades interpretativas.⁷¹⁰

Isso porque, em nosso sistema em específico, as fontes não produzem diretamente normas jurídicas, mas sim textos jurídicos que, após passarem por um processo de interpretação, aí sim habilitam-se a produzir normas jurídicas. Neste sentido, reportamo-nos ao estudos desenvolvidos no Capítulo 1, para enfatizar a importância da cultura jurídica, ou como denominam alguns, ideologia das fontes do direito⁷¹¹. A ideologia seria um conjunto de diretivas que não dizem respeito diretamente ao modo de resolver uma controvérsia, mas indicam o modo pelo qual o juiz deverá proceder para descobrir a norma que soluciona a controvérsia de que se está tratando.

Nesse sentido, a ideologia das fontes (extraível da cultura jurídica a que se submete o sistema) pode nos auxiliar na percepção de onde se encontram as diretivas fundamentais do discurso jurídico de uma determinada ordem. Para fim de exemplificar o que aqui se afirma, poderíamos afirmar que a ideologia legalista ou mesmo constitucionalista afirmaria o primado da lei como fonte do direito; a ideologia realista afirmaria o primado da jurisprudência, a ideologia neoconstitucionalista afirmaria a interconexão entre direito e moral no âmbito do raciocínio pela via principiológica. É bem verdade que, como já afirmado anteriormente, as visões puristas são hipóteses de escola que auxiliam no processo de classificação por modelos teóricos, mas que não se coadunam com a realidade dos fatos. No processo de análise pelos juristas, utilizam estas bases argumentativas em mais de um modelo, embora seja possível perceber a hegemonia ideológica de uma das vertentes.

De toda forma, o importante é que se tenha em vista que a determinação da juridicidade (ou seja, da validade) mantém estreita relação com o sistema de fontes eleitos pelo ordenamento. Em primeiro lugar, porque essas fontes, após hierarquizadas,⁷¹² são as referências paramétricas para o controle da validade

Constituição brasileira; e em um quarto sentido, fontes do direito podem ser todos os fatores que influem no processo de atribuição de significados da parte dos intérpretes aos documentos jurídicos, como entende ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Turim: Einaudi, 1965, pág. 74. É o que distinguimos como fontes substanciais do direito, já que os métodos interpretativos são tidos como fontes substanciais internas ao discurso jurídico.

⁷¹⁰ Concordando com o que é afirmado em RAZ, Joseph. *Legal Reasons. Sources and Gaps*. In: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, pág. 66.

⁷¹¹ O que denominamos como cultura jurídica parece estar muito próximo do que em ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Torino: Einaudi, 1965, pág. 72 é denominado como ideologia jurídica.

⁷¹² Essa noção de hierarquia normativa, que descreve situações em que dado um complexo de normas, uma ou algumas dessas são consideradas supraordenadas em relação a outras e, por consequência,

jurídica. Em segundo lugar, porque a própria eleição das fontes e sua hierarquização muito informam sobre a ideologia (mentalidade) vigente naquela ordem jurídica e se esta está em consonância com a sua tradição.

Feitas estas considerações, que inter-relacionam de forma evidente o processo de hierarquização das fontes e a determinação do juízo de validade/invalidade normativa, passamos, também a partir dessas noções, a analisar o fenômeno da validade/invalidade normativa, primeiro em sua perspectiva ordinária, tal como a doutrina e jurisprudência vêm tratando-o, para, posteriormente, analisarmos o fenômeno a partir de soluções que melhor se coadunem com as novas concepções filosófico-jurídicas que o sistema vem assumindo (neoconstitucionais), que denominamos por “análise sistêmica”.

3.3.7 A validade Jurídica em suas tipologias genéricas

Entendendo ser a teoria da validade aquela que, por óbvio que seja, estabelece critérios para reconhecer se a norma possui o atributo validade, podemos retirar, a partir da análise doutrinária, duas teorias específicas, que se não se afastam quanto a alguns pressupostos, inequivocamente afastam-se quanto à metodologia de abordagem, o que acaba gerando resultados conclusivos divergentes. Isso nos leva à necessidade de apresentarmos primeiramente aquela que é tida como a teoria usual, mas que entendemos superada, para, logo após exteriorizar uma outra teoria que, segundo nosso entendimento, amplia as possibilidades de soluções sistêmicas, além de melhor se coadunar com o panorama jurídico contemporâneo brasileiro.

3.3.7.1 A validade jurídica “ordinária”

A primeira teoria, seguida pela maior parte dos juristas, é aquela que tanto pode servir de fundamento para uma linha positivista do conceito de validade, como, dependendo da abordagem, pode servir, também, – ainda que de modo não tão explícito e satisfatório – para justificar uma linha não-positivista. Nesta primeira perspectiva, teria a validade como núcleo essencial o seguinte critério identificador: a necessidade de que norma tenha sido produzida por um órgão competente; por intermédio de um procedimento adequado; não ter sido derogada por norma

estas estariam subordinadas às primeiras. Em GUASTINI, Riccardo. *Invalidity*. In: *Ratio Juris*. S.I, 1994, v. VII, principalmente nas págs. 217-219, estabelece-se uma tipologia de hierarquização normativa: hierarquia estrutural (vinculada à ideia de validade e invalidade formal), hierarquia material (vinculada ao conceito de validade/invalidade material) e hierarquia axiológica (que, em geral, não implica em juízo de invalidação da norma preterida, como veremos mais adiante).

posterior; e que não esteja em contradição com as normas hierárquicas superiores a ela no âmbito do sistema jurídico⁷¹³.

É evidente que tal corrente, exteriorizada de forma genérica, pode conter espécies variantes que, mesmo diferenciando-se em maior ou menor intensidade entre si, relacionam-se por essas características comuns.⁷¹⁴ Faz-se também importante ressaltar, que a última das características abordadas por essa corrente traz à tona a possibilidade de exigência de avaliação da norma sob a perspectiva material,⁷¹⁵ o que, como já abordado anteriormente, pode conceder ou não - dependendo da corrente adotada pelo jurista que a examina - espaço para uma abordagem sobre a sua justiciabilidade. Aliás, ainda nesta direção, também é nesta última das características citadas – não-contradição com as normas hierárquicas superiores, no âmbito do sistema jurídico – que podemos extrair uma possível compatibilidade com um sistema (neo)constitucionalizado.

De qualquer forma, a fim de estabelecer uma distinção designativa, e com mera finalidade didática, chamaremos esta concepção de validade por “validade ordinária” - com o sutil propósito de diferenciá-la de outra espécie que trataremos mais abaixo (a validade sistêmica) -, por ser ela a mais comumente utilizada e reconhecida perante a doutrina e jurisprudência, não apenas brasileira, mas também de vários sistemas tradicionais continentais.

⁷¹³ Conforme ANSUATÉGUI, Francisco Javier. *Curso de Teoría del Derecho*. 2ª ed. PECES-BARBA, Gregório; FERNANDEZ, Eusébio; ASÍS, Rafael de. (Orgs.). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 26 e 27.

⁷¹⁴ Essa é, na verdade, a forma preponderante em relação a qual a doutrina se posiciona quanto à obtenção do critério de validade, ainda que apresente referências com indicações de possíveis redirecionamentos quanto a esse entendimento. A título de exemplo, podemos citar como tendendo a tal posicionamento os seguintes doutrinadores: AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoría del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madrid: Colex, 1999, p. 138; CABRERA, Carlos Alarcón. *Lecciones de Lógica Jurídica*. Sevilla: Editorial MAD, 2000, p.83; GARCÍA, Manuel Calvo. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 91, onde o autor acresce que, além das já mencionadas, não pode a norma possuir vício de nulidade; SERRANO, José Luis. *Validez e vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p. 51; MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría Del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p.118; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *El principio de jerarquía Normativa*. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p.100; MAZUREK, Per. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A.; HASSMER, W. (Orgs.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.374-375, sendo que o autor acata a posição de Hebert L.A. Hart no que se refere à regra de reconhecimento; SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª ed. Lisboa: Lex, 2000, p.125; NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.90.

⁷¹⁵ Como bem assinala o autor, em ANSUATÉGUI, Francisco Javier. *Curso de Teoría del Derecho*. 2ª ed. PECES-BARBA, Gregório; FERNANDEZ, Eusébio; ASÍS, Rafael de. (Orgs.). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 27, os critérios de validade não devem ser exclusivamente formais, pois para que uma norma seja considerada válida deve-se exigir que respeite determinados conteúdos.

3.3.7.2 A validade jurídica em uma perspectiva pluridimensional - a validade sistêmica

A segunda perspectiva, a qual nos referimos como pluridimensional, não se contrapõe de forma irreconciliável com a primeira, mas, conforme veremos adiante, irá distinguir-se desta não só por apresentar um quadro teórico analítico mais pormenorizado, - e, portanto, externando maior visibilidade do fenômeno jurídico -, como também, por não prescindir de uma análise da dimensão valorativa da norma no momento em que realiza o exame de validade da mesma, o que nem sempre é exigível no primeiro quadro apresentado⁷¹⁶. Essa segunda característica, então, torna-o mais adequado a uma abordagem de um sistema que tenha o neoconstitucionalismo como base filosófico-jurídica hegemônica.

Assim, nesta segunda concepção citada, no âmbito de um quadro analítico mais pronunciado, a conferência da validade normativa passa a depender da avaliação de três dimensões específicas que o fenômeno da validade pode apresentar: o jurídico *stricto sensu*, o sociológico e o ético⁷¹⁷, em uma clara aproximação à perspectiva de análise normativa realiana já anteriormente abordada, ainda que, ressaltemos, sob uma ótica metodológica não adotemos de forma integral a posição do grande jurista. Porém, sendo esta referida posição o nosso fio condutor, trata-se tão somente de uma proposta de adequação, não apenas às exigências de uma realidade fática diversa em que foi pensada a teoria em seu momento genético (o que não necessariamente configura condição para mudanças no quadro teórico), mas principalmente, à exigência de adequação a teorizações neoconstitucionais que vêm sendo assumidas pela doutrina constitucionalista brasileira.

A aproximação à linha realiana se dá quando consideramos que a norma, para ser identificada como válida, deva ser submetida a uma verificação das suas “validades parciais”, ou seja, de cada uma das três perspectivas pela qual pode ser analisado o fenômeno da validade⁷¹⁸: a validade na perspectiva técnico-jurídica (e que corresponde aos requisitos formais e materiais da validade); a validade na perspectiva social (cujo conceito aproxima-se fortemente do que a maior parte da

⁷¹⁶ Assim, o que se observa é que no primeiro quadro apresentado os requisitos assinalados servem como base para um conceito de validade, tanto sob uma perspectiva positivista do Direito, quanto, ainda que de forma não explícita, em uma perspectiva que levasse em conta o caráter axiológico do mesmo.

⁷¹⁷ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p.87.

⁷¹⁸ Certamente que é possível que —o fenômeno da validade possa analisado sob um sem número de dimensões passíveis de serem criadas em sede doutrinária e acadêmica. Aqui nos referimos às três dimensões consagradas pelas doutrinas trialistas, as quais se destacam as produzidas por Lask, Radbruch; saint Romano, Hariou, Rascoe Pound, Julius Stone, conforme REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, págs. 511- 538.

doutrina denomina como eficácia social) e a validade na perspectiva ética (ou seja, como fundamento valorativo).⁷¹⁹

3.3.7.2.1 A validade sistêmica

Desenvolvendo a linha adotada, entendemos ser razoável supor que exista uma “validade sistêmica” (que poderíamos denominar, também, como genérica –ou mesmo global - no sentido de ressaltar a relação gênero/espécie a que estão submetidas), que englobaria as outras específicas e que deva ser considerada como parâmetro para definir se estamos, ou não, diante de uma norma reconhecida como válida na esfera jurídica. Nessa linha, a divisão da validade em partes específicas possibilita aprofundar a análise sobre o conceito, além de facilitar a instrumentalização do instituto. De qualquer forma, cabe lembrar que consideramos impossível uma divisão do fenômeno normativo em partes puras, sem contaminações de uma espécie em face das demais, como se fosse possível a separação em blocos estanques.

Assim, é conveniente informar que entendemos o fenômeno normativo, e por via de consequência, o estudo de seus predicados, como uma ocorrência sistêmica, que surge das relações de organização das partes (dimensões do fenômeno da validade), ou melhor, dizendo, como uma reconfiguração de relações ordenadas entre essas partes⁷²⁰. A propriedade das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo globalizante⁷²¹, de forma que aquilo que denominamos como parte, em última análise, é apenas padrão em uma teia inseparável de relações⁷²² que, ao mesmo tempo em que influenciam as demais esferas (dimensões) são por elas igualmente influenciadas.

Reforçando a tese acima apresentada, Alexy, quando trata da questão da busca pelo correto e adequado conceito de direito e, por via de consequência, o

⁷¹⁹ Conforme REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105.

⁷²⁰ Adota-se, neste sentido, uma visão sistêmica nos termos explicitados em CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida – Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 46 e *et seq.*, por entender que o direito não deixa de ser uma realidade viva, contextualizada e que depende de seu meio ambiente para se desenvolver, conforme procuramos exaltar no primeiro capítulo do presente trabalho. No caso específico do direito, a ambiência cultural em que se projeta é ponto fundamental para seu processo de cognição da realidade jurídica. Porém, não em via de mão-única, mas sim em um processo reflexivo em que ao mesmo tempo em que influencia a realidade social, é por ela influenciada.

⁷²¹ Em CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida – Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 47.

⁷²² Com isso procura-se elucidar o porquê da denominação “validade sistêmica”. Quanto à utilização da denominação extra “validade genérica”, como já abordamos brevemente, representa um esforço no sentido de demonstrar que o conceito de validade que se procura construir aponta para seu caráter geral, engloba todas as propriedades que caracterizam as denominadas “validades específicas”.

conceito de validade, identifica o professor alemão três elementos essenciais - a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material⁷²³ - de forma a manter correspondência aos três conceitos de validade (parcial) acima citados (jurídico, sociológico e ético⁷²⁴. Nessa visão, uma dedução necessária é a de que a validade (sistêmica), tal como a percebemos, não se limita a ser mero atributo normativo. Como anteriormente já fora mencionado, mesmo que os conceitos de direito e de norma jurídica não possam vir a ser confundidos – já que a parte não pode equivaler ao todo⁷²⁵ -, a verdade é que a análise do direito sob uma perspectiva tridimensional torna cada uma das dimensões imprescindíveis para uma visão totalizante do fenômeno jurídico, situação esta decorrente das relações reflexivas e dialéticas mantidas entre as dimensões jurídicas.

No âmbito do que venha a significar a validade nesse seu aspecto totalizante, ou globalizante ao qual estamos denominando como “validade sistêmica”⁷²⁶, por ser a resultante da avaliação das validades em suas dimensões específicas (normativa, sociológica e ética) é que entendemos como fundamental a necessidade de se discutir conceitos como eficácia e justiça que, conforme anteriormente afirmado, são, como a validade, possíveis atributos normativos, principalmente se tomarmos por princípio estarmos analisando o fenômeno a partir de um quadro em que predomina uma estrutura conceptiva neoconstitucional.

O fato de termos adotado uma concepção tridimensional de Direito já aponta para o rumo que consideramos correto no sentido de estabelecer a compreensão que temos sobre o significado de validade. Assim, entendendo-se que tal perspectiva não comporta isolamentos conceituais nem dimensões imiscíveis, é que adotamos o conceito de validade segundo a qual também ela acaba por (necessariamente⁷²⁷) refletir a mesma dinamicidade, dialeticidade e reflexividade a que o direito se submete, conforme anteriormente afirmado.

⁷²³ Conforme ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 21. Neste contexto o autor adota uma perspectiva tridimensional do direito, informando que, entre uma posição que exclua a importância da legalidade conforme o ordenamento (jusnaturalista) e outra que exclua a correção material (positivismo), há várias outras intermediárias, sendo que a eficácia social não é elemento fundamental para o reconhecimento de ambas as escolas, já que pode ser levada em conta por qualquer uma, sem que seja essencial no que se refere à classificação como positivista ou não positivista.

⁷²⁴ Conforme ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p.87.

⁷²⁵ Poder-se-ia dizer, até mesmo, que nem a soma (aritmética) das partes equivale ao todo, seguindo a máxima dos pensadores que adotam a linha sistêmica.

⁷²⁶ Essa denominação tem tão somente a pretensão de facilitar a compreensão do fenômeno a que nos referimos, mas poderia receber outras denominações como, por exemplo, validade genérica, sem prejuízo para o seu entendimento.

⁷²⁷ “Necessidade” em termos rigorosos, ou seja, como derivação do que é necessário, “o que não pode não ser ou o que não pode ser”. Como afirmado no em ABBAGNANO, Nicola. “Necessário”. In: *Dicionário*

Ainda que estejamos cientes do perigo que representa realizar o exame da validade por intermédio de suas validades específicas, já que se pode cair na falsa impressão de que as dimensões são estanques, não podemos deixar de ressaltar, a todo o momento, as fortes relações dinâmicas e dialéticas que as dimensões normativa, sociológica e ética (ou axiológica, como denominam alguns) mantêm entre si, de maneira a evidenciar o caráter de inseparabilidade do todo. Por isso, por exigência metodológica alertamos que o fenômeno da validade não pode ser percebido corretamente como a simples soma de suas formas dimensionais, mas sim a partir das relações que estas dimensões mantêm entre si.

Feita tal advertência, passamos a examinar cada uma das espécies da validade genericamente considerada, e que denominamos como “validades específicas”.

3.3.7.2.1.1 A validade jurídica na vertente específica ou parcial

Das já nossas conhecidas dificuldades com a polissemia - que também neste caso é fenômeno linguístico muito comum -, adicionamos mais um novo problema: o plurinominalismo. Trata-se, daqueles conceitos que possuem várias denominações, mas têm a intenção de identificar o mesmo fenômeno. É o que os linguistas costumam identificar como um significado com vários significantes. Chamaremos de validade jurídica específica o fenômeno que, também, acima denominamos por validade jurídica ordinária, englobando, então, a validade chamada formal e a validade denominada por material.

A diferença fundamental é que a “validade jurídica na vertente específica”, no modo como a vemos, propõe um conceito relacional, que tem por pressuposto que a validade sistêmica (reconhecimento da juridicidade da norma) é obtida como resultado da conexão mantida entre as três dimensões da validade, enquanto o que denominamos acima como a validade jurídica ordinária possui uma maior autonomia no processo de definição da referida juridicidade. Nesse sentido, é importante que especifiquemos exatamente o que conceituamos como validade formal e validade material, autonomizando os conceitos já que ambas podem separadamente

de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 703, quando define necessário, afirma-se que esta é uma definição que constitui uma das noções mais uniformes e firmemente estabelecidas na tradição filosófica.

levar a norma à um juízo de “invalidade jurídica específica ou parcial”, mas que poderá demandar resultados diversos no que se refere à validade sistêmica.

Chamamos aqui de validade formal⁷²⁸ o atributo cujo conceito em muito se aproxima do que grande parte da doutrina denomina como vigência⁷²⁹, mas que guarda similitude com a denominação “validade jurídica”, ou mesmo “validade em sentido estrito”,⁷³⁰ entre outros menos concorridos.

No âmbito do que denominamos por validade jurídica específica ou parcial, a “validade formal” da norma não inclui qualquer requisito de natureza material e, neste sentido, aproxima-se do conceito de vigência, já que este atributo somente é verificado sob uma perspectiva de análise puramente formal⁷³¹. Com isso, em outras palavras, quer-se afirmar que a vigência se configura a partir do respeito formal e procedimental no ato de criação da norma jurídica, incluindo a sua publicação, sua promulgação (e sua não derrogação). É mera cumprimento às exigências de forma, levando-nos a uma noção genuinamente normativa do atributo validade⁷³². Assim, a validade formal como elemento que compõe a validade jurídica específica ou parcial, consiste no respeito a todas as (meta)normas formais, procedimentais, e de competência previstas para a formação daquele tipo de ato.

Todavia, cabe um esclarecimento neste ponto. Mesmo aqueles que observam o fenômeno da validade apenas como uma realidade formal concluem facilmente pela não vinculação necessária entre vigência e validade. É o caso que se configura, por exemplo, nas situações em que a norma se encontra na *vacatio legis*. Nesta situação, apesar de não estar vigente, já pode ter reconhecida sua validade, já

⁷²⁸ Denominação adotada em REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105, pelo autor e que também é citada em AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoría del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999, p. 139; NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.90; PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pag. 26.

⁷²⁹ É também utilizada em REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105; AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoría del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999, p. 139; MARTINEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 365;

⁷³⁰ Denominação adotada em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p.87 et seq. pelo autor.

⁷³¹ É a posição encontrada em SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 14ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2003, p. 44; MARTINEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 365, e também a de AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoría del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999, p.139; FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, pag. 203 e PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pag. 26, a qual assumimos na íntegra.

⁷³² Conforme, AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoría del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999, p. 139 e, também nesta direção FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001; pág. 203.

que a *vacatio legis* representa tão somente uma condição temporal para que a norma passe a vigor.

Por isso, consideramos mais adequado autonomizar os conceitos, guardando o termo vigência como atributo da norma que, para além de se manifestar quando satisfeitos todos os requisitos formais de validade, deve também satisfazer as condições temporais impostas para que seja a mesma considerada exigível. Cumpre, por último, ressaltar, que há quem considere, alinhando-se à posição kelseniana⁷³³, que a vigência da norma é sua existência e que por isso tratar da vigência de uma norma seria construí-la⁷³⁴. Essa posição é rechaçada por consagrada doutrina, que nega correlação entre norma vigente e norma existente,⁷³⁵ e que é a posição por nós adotada.

De qualquer forma, e objetivando tornar clara nossa visão sobre o tema, afirmamos que apenas requisitos formais são levados em conta para verificação da validade formal de uma norma em um determinado sistema jurídico⁷³⁶, o que, em outras palavras, quer dizer que para que a norma tenha reconhecida sua validade formal deve ela ter cumprido todos os requisitos formais exigíveis. Representa, portanto, a esfera específica da validade que atesta a conformidade formal da norma em relação ao seu parâmetro hierárquico superior.

Por outra lado, temos a validade material, como o outro elemento que deve ser aferido para a obtenção da chamada validade jurídica específica ou parcial. Uma norma é materialmente válida quando não apresenta contradição conteudística em relação às outras normas. Aliás, deve-se ter em conta que nem todas as contradições conteudísticas determinam a invalidade em sentido material. Isso porque, como é evidente a validade material diz respeito ao significado dos atos normativos em referência e, portanto dizem respeito a normas, e não aos dispositivos.

⁷³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11.

⁷³⁴ SERRANO, José Luis. *Validez e vigência. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p. 24. Neste caminho, o autor correlacionará vigência e validade apresentando o seguinte conceito para validade: “la cualidad o status de aquellas normas vigentes que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente en un sistema jurídico”.

⁷³⁵ Neste sentido, NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis Del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 140-141, afirma que apesar da existência de um sistema jurídico se identificar com a sua vigência, o mesmo não ocorre nos casos das normas jurídicas, já que estas existem quando pertencentes a um sistema jurídico vigente (quando é reconhecida pelos seus órgãos primários ou quando tendo sido sancionada não foi posteriormente derogada).

⁷³⁶ É a posição encontrada em MARTINEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 365, e também a de AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoría del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999, p.139 e a qual entendemos irretocável.

Frequentemente a declaração de invalidade material de uma norma por parte da autoridade competente pode incidir de várias maneiras, inclusive sobre a disposição que a expressa. De fato, uma declaração de invalidade pode comportar total eliminação do dispositivo que a expressa, ou mesmo apenas em um dos sentidos assumidos pelo próprio texto⁷³⁷. Dizendo de outra forma, se alguns dos sentidos conteudísticos expressos pelo texto é compatível com os sentidos oferecidos pelas normas que se apresentam como referência paramétrica, é possível se extrair um juízo de validade material.

Isso implica dizer que, no se refere à avaliação da validade/invalidade material da norma, o fato é que em tempos de crescente valorização da via hermenêutico-linguística para a determinação do conteúdo material da norma, esta só se revela após ter sido seu texto submetido ao filtro valorativo imposto pela inteligência sistêmica. Assim, em ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito o controle material da norma muito depende da contaminação que a mesma venha a receber dos valores (infiltrados na ordem jurídica pela via principiológica) a que se submete o sistema.

3.3.7.2.1.2 A validade social específica ou parcial

Denominamos como validade social específica o que alguns autores denominam simplesmente como eficácia – denominação largamente utilizada pela doutrina⁷³⁸. Há quem subdivida a eficácia em eficácia social ou efetividade e eficácia jurídica⁷³⁹ –, com grande contribuição prática. Entretanto, o que aqui denominamos como validade social está mais relacionada ao cumprimento das normas pelos seus destinatários. O âmbito da validade social é preponderantemente fático, mas não uma facticidade rígida a tal ponto que possa significar que o direito é mera causalidade, reproduzindo tão somente o modo de vida de um dado grupo social. Há de se levar em consideração os argumentos kantianos, no sentido de que o direito se desenvolve no

⁷³⁷ Como bem lembrado em PINO, Giorgio. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pag. 29, como, por exemplo, nos casos das sentenças manipulativas (aditivas ou substitutivas) emanadas pelas cortes constitucionais.

⁷³⁸ Essas são as denominações mais aceitas, mas há quem até mesmo denomine como vigência aquilo que conceituamos de validade social ou eficácia. É o caso em SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 14ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2003, p. 44, quando o autor afirma ser a vigência a realidade sociológica efetiva que a norma possui. Porém, afastamo-nos dessa visão, lembrando que o conceito de vigência que entendemos adequado foi estabelecido um pouco acima, quando tratamos da validade formal específica.

⁷³⁹ A norma eficaz na perspectiva jurídica é classicamente definida como aquela apta a produzir efeitos no mundo jurídico.

âmbito da liberdade e não no da causalidade ou da necessidade⁷⁴⁰, pois o âmbito do humano é o âmbito da liberdade, da decisão e da vontade⁷⁴¹.

Da nossa parte, consideramos que há complementariedade nas duas posições: se o direito não é só causalidade, também não pode ser mera liberdade, já que o homem é um ser histórico, com raízes. Por isso, é necessário atentar que a investigação para determinação da eficácia de uma norma utiliza-se largamente do caráter histórico-social, razão pela qual se vincula, então, ao estudo dos efeitos das normas em seu contexto social e não somente a partir dos textos legais postos que projetam situações idealizadas que escapam da realidade fática do mundo da vida. No direito, os mundos do *ser* e do *dever ser* mantêm entre si uma relação permanente e dialética, conforme teremos a oportunidade de melhor explicitar.

Pode-se dizer, então, que a análise da validade social específica vem a ser o exame acerca do cumprimento de uma dada norma jurídica pela coletividade, que a incorpora a seu modo de ser e de agir não apenas por intermédio de uma adesão racional deliberada ou pela concordância advinda de costumes⁷⁴², mas também pelo fato de reconhecer na mesma a possibilidade de utilização pelos órgãos estatais jurisdicionais⁷⁴³, o uso da violência legítima do Estado. Assim, a eficácia ou ineficácia da norma predica-se por intermédio de sua observância pela maior parte do grupo a que se destina, adequando sua conduta de acordo com a prescrição normativa imposta pelo poder público⁷⁴⁴. Outra forma de dizê-lo mais sinteticamente seria afirmando que uma norma possui validade social quando é cumprida e seu descumprimento é sancionado⁷⁴⁵.

Porém, dado fundamental é compreender que a validade social específica, como espécie do gênero validade sistêmica, somente perde esse caráter quando a norma não apenas deixa de ser seguida pela coletividade a qual foi destinada, mas também quando a este descumprimento deixa de ser aplicada a

⁷⁴⁰ Conforme desenvolvido em KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madri: Ediciones Encuentro, 2003, p. 11-13;

⁷⁴¹ Conforme PECES-BARBA, Gregório. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madri: Debate, 1983, p.57-60.

⁷⁴² Nesse sentido, REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.112-113;

⁷⁴³ Essa característica que consideramos essencial não é por todos os autores observada de forma explícita, mas parece ser uma decorrência natural do reconhecimento da regra pela sociedade. Dentre aqueles que citam expressamente a necessidade de reconhecimento também pelos órgãos públicos podemos citar SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 14ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2003, p. 44.

⁷⁴⁴ Nesse sentido, AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoría del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999, p.139.

⁷⁴⁵ Conforme em BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 29.

sanção cabível pelo poder público, conforme já há tempos doutrinava Kelsen. Neste sentido, o poder público deve estar atento não apenas para a perda da força normativa da norma em vigência, mas também para a probabilidade de (in)eficácia daquela que esteja adentrando no sistema jurídico⁷⁴⁶.

Também de grande relevância é lembrar que há autores que procuram estabelecer um aprofundamento investigativo acerca do tema, sem sair do delineamento acima proposto.⁷⁴⁷ Assim, o estudo da validade social, para estes, abarcaria dois campos que se aproximam, mas guardam autonomia conceitual: o primeiro, relacionado à idoneidade da norma como instrumento para alcançar determinados fins, ou seja, o que se almeja socialmente com o enunciado prescritivo. A esse campo, os autores costumam denominar simplesmente eficácia ou mesmo eficácia jurídica⁷⁴⁸, como é mais comumente designada no Brasil. O segundo, a que chamam efetividade ou eficácia social, relaciona-se ao efetivo cumprimento da norma por parte daqueles a que esta se destina, ou seja, a materialização no mundo real,⁷⁴⁹ sendo tal abordagem fundamental no sentido que aqui estamos considerando validade social parcial ou específica, já que não há sobrevida normativa sem um mínimo de eficácia social⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ Nesta direção, ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 92.

⁷⁴⁷ Fazem esta distinção, BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85 a 89; HERNÁNDEZ, R. Marin. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madri: Martins Pons, 1998, 249-254; SERRANO, José Luis. *Validez e vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p.20-22. Também em GARCÍA, Manuel Calvo. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 94.

⁷⁴⁸ Em BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85 a 89, o autor dá a denominação de eficácia jurídica à aptidão do ato normativo de atingir a finalidade para o qual foi criado. Em PATTARO, E. *Elementos para una teoría del Derecho*. Madri: Debate, 1985, p. 78, o autor, define a eficácia quando afirma que uma norma é eficaz se de fato atua como técnica social específica, como técnica a provocar determinados comportamentos imputando aos comportamentos contrários uma medida de coerção. Em SERRANO, José Luis. *Validez e vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p. 20-22, o autor, ao contrário dos demais, denomina com o termo “efetividade” a idoneidade da norma para lograr determinado objetivo.

⁷⁴⁹ A definição em BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84, é clássica no direito brasileiro quando o autor informa ser a efetividade o reconhecimento (*Anerkennung*) dos efeitos que uma regra suscita através de seu cumprimento comunidade. Já GARCÍA, Manuel Calvo. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 94, denomina de “eficácia causal” ou efetividade como eficácia imediata das leis em termos de cumprimento e aplicação coercitiva. Cumpre também chamar atenção para a classificação em SERRANO, José Luis. *Validez e vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p. 20-22, quando o autor denomina como “eficácia de cumprimento” quando os destinatários cumprem as regras a eles impostas; denomina como “eficácia de sanção” quando é aplicada a sanção adequada ao violador da norma; e denomina eficiência quando uma norma alcança os fins propostos com um custo razoável.

⁷⁵⁰ Conforme REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.113. Até mesmo Kelsen, retirando sua teoria pura do âmbito puro do jurídico admitiu ser a eficácia uma das condições da validade, sem, contudo, é verdade, confundir a condição (eficácia) com o objeto

Por último, ressaltamos que quando estamos tratando da validade social específica, não estamos ainda nos referindo a uma adesão interna, consciente, na qual o cumprimento da norma se dê independentemente da pressão psicológica advinda da sanção. Esse cumprimento até pode se dar em razão desta adesão psicológica ou ideológica à norma, mas é indiferente que se dê em função de uma atitude conformista ou ritualista⁷⁵¹. Por isso, se a validade social sistêmica se explicita pela observação das normas pela coletividade (ou mesmo pela ação do poder público quando a coletividade se abstém de dar cumprimento à norma), por outro lado, faz-se desnecessário que haja, neste âmbito, uma aferição se o possível cumprimento se deu ou não em razão de um suposto valor intrínseco identificado pelos destinatários.

Em síntese, a avaliação acerca da validade social específica não tem a pretensão de analisar um possível juízo de legitimidade normativa, mas tão somente a de aferir se sua observação se dá globalmente pelos destinatários imediatos da norma e pelas instituições responsáveis (destinatários mediatos) pela aplicação da sanção, em caso que a mesma seja inobservada pelos citados destinatários

3.3.7.2.1.3 Validade ética específica

Os conceitos defendidos pelos positivistas restringem-se aos critérios de validade acima expostos. Porém, quem defende um conceito de direito não-positivista vai necessariamente defender a aplicação, também, de um critério de correção material ou moral.⁷⁵² A questão da validade ética vincula-se com aquela que trata da possível relação entre direito e justiça. Em que pese à posição de alguns representativos juristas que alegam que possível traço de valor no âmbito do direito é meramente contingente - o que automaticamente implicaria em afirmar que a validade independe de qualquer conteúdo ético⁷⁵³ -, já deixamos claro que, ao abraçarmos uma

condicionado (validade). É o que se extrai de Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, págs. 235-238.

⁷⁵¹ Usando uma terminologia empregada por MERTON, R. *Teoría e estructuras sociales*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura, 1964, págs. 149 e seguintes, quando afirma que se trata de uma atitude conformista quando o ator social emprega os meios institucionais e persegue os fins sociais; e se trata de uma atitude ritualista quando, embora não aceitando os fins sociais, mas segue os ritos institucionais.

⁷⁵² BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 29.

⁷⁵³ Embora essa seja uma posição teórica consagrada em Hart, em sua querela com Dworkin, somente para ilustração, também está presente em Kelsen, Hans. *Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1982, p. 35-36, quando afirma “*La justicia es en primer lugar una causalidad posible, pero no necesaria, de una orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres*”. Em ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Ayres: Eudeba Editorial, 1974, p. 122, a mera aplicação de uma regra válida já caracterizaria a presença da justiça. Sobre o tema, assim afirma: “... la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que

posição neoconstitucional-tridimensional (pós-positivista, por consequência), típica do Estado Constitucional, divorciamo-nos deste posicionamento, entendendo que a relação é inequívoca.

Nesse sentido, a norma jurídica, como expressão do direito, além de contemplar as dimensões da validade social e da validade jurídica, necessita de um fundamento valorativo, que é razão de ser da norma, sua *ratio iuris*.⁷⁵⁴ A partir dessa premissa, questão que surge como necessária é a de saber como é possível tal relação. Isto porque, como vimos de forma pormenorizada no Capítulo II, há quem entenda que direito e justiça relacionam-se em planos distintos, ou seja, cada qual atuando em uma esfera autônoma.⁷⁵⁵

Conforme já afirmado, entendermos que a dimensão valorativa é parte essencial na construção do plano jurídico, sendo que o encontro entre ambos se dá em um ambiente social complexo e plural, que vem, de forma cada vez mais intensa e constante, exigindo do poder público soluções com elevado grau de especialidade, de maneira a proporcionar soluções mais adequadas às infindáveis necessidades apresentadas pelo mundo concreto.

A possibilidade de desvinculação entre direito e justiça leva-nos a pensar o primeiro como mera técnica de solução de conflitos, sem maiores preocupações com as expectativas de justiça geradas no seio social. Isto significa, por contraditório que possa parecer, exatamente uma redução em suas possibilidades como meio apto para compor conflitos de seres dotados de especial dignidade, e que, por esta razão, almejam não uma qualquer solução, mas uma solução que se aproxime o mais possível do ideal de justiça, conforme veremos adiante.

A dimensão da validade ética,⁷⁵⁶ como validade específica do direito, atuando em uma faixa axiológica, ética, espiritual e emocional do jurídico,⁷⁵⁷ é prevista

la decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma como cosa opuesta a la arbitrariedad."

⁷⁵⁴ Em REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.115, quando o autor assevera que o fundamento é o valor ou fim objetivado pela norma de direito.

⁷⁵⁵ Representando essa forma de pensar, em SERRANO, José Luis. *Validez e vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p. 18-19, o autor afirma que os sistemas éticos individuais ou a moralidade social são ordens normativas, mas não jurídicas. Também, como ideia que bem ilustra essa tendência, em GARCÍA, Manuel Calvo. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 2004, p.95-96, o autor assevera que validade e valor não se confundem sendo que a discussão sobre a validade possui uma prioridade lógica sobre a questão do valor da norma.

⁷⁵⁶ Assim denominada em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 87-88 e em REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105. Mas recebe a denominação de validade material em FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madri: Editorial Civitas, 1994, p. 34.

de forma manifesta por vários autores⁷⁵⁸ que abraçam, assim, uma tendência moderna à “re-moralização da ordem jurídica”⁷⁵⁹, dando azo, não só a uma tendência desformalizadora do direito (ou, ao menos, uma mitigação da tendência formalizadora), mas também apontando para uma crescente aproximação entre os princípios do direito e os valores éticos que vigoram em determinada sociedade, principalmente por intermédio dos direitos fundamentais, no âmbito do Estado Constitucional.

É de se concluir, então, que sendo o valor considerado dimensão do direito, o que estamos considerando como “validade ética específica” de uma norma passa a ser essencial na verificação do complexo da validade sistêmica. Todavia, a exigência de justiça esbarra na falta de um critério objetivo do que venha esta significar e que a todos satisfaça.⁷⁶⁰ Como tal tema será objeto de maior desenvolvimento no decorrer do trabalho, neste momento faz-se necessário apenas que exteriorizemos nossa posição quanto à medida de justiça necessária para configurar a denominada validade ética. Acolhendo em parte o pragmatismo de Alexy,

⁷⁵⁷ Conforme FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madri: Editorial Civitas, 1994, p. 34.

⁷⁵⁸ Nesse sentido podemos citar a título de exemplo obras que tratam da validade ética como forma específica de uma validade genérica globalizante REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116; ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 87-88; FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madri: Editorial Civitas, 1994, p.29-30; parece ser também a posição em SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 14ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2003, p. 238, quando o autor apesar de não utilizar o termo “validade ética” ou “axiológica” afirma que o juiz, apesar de não dever se colocar acima da lei “*debe emplear su inteligencia para averiguar cuál sea el ámbito material de validez o de império de una determinada ley, usando para ello precisamente las valoraciones en las que efectivamente esa ley se inspira...*”. Certamente também em RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 66 quando afirma o autor que “Só a moral pode fundamentar a força obrigatória do direito” e complementa que “Pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e de deveres jurídicos quando o imperativo for abastecido pela própria consciência com a força de obrigação moral”. Também em ANSUATÉGUI, Francisco Javier. *Curso de Teoria del Derecho*. 2ª ed. PECES-BARBA, Gregório; FERNANDEZ, Eusébio; ASÍS, Rafael de. (Orgs.). Madri: Marcial Pons, 2000, p. 31, observamos que o autor, sem fazer a tripartição do conceito de validade afirma que “*las condiciones de validez de las normas es precisamente que éstas no sean contracditorias com las normas superiores del sistema*” e acaba por concluir que “*para poder ser válidas no pueden contradicir, ao menos, los reflejos de la idea de justicia que se encuentran en la norma superior*”. Bastante significativa também a visão de BARBERIS, Mauro. *Etica per giuristi*. Bari: Laterza, 2006, pág. 22-23, quando faz uma correlação entre justiça e direito a partir dos direitos fundamentais, o que nos parece uma ótima direção a ser seguida, e que, inevitavelmente, teremos de enfrentar um pouco mais adiante.

⁷⁵⁹ Como bem afirma ZAGREBELSKY, Gustavo. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Nàpoles: Editoriale Scientifica, 2006, págs. 37 e 38, quando afirma que se trata de uma nova moralização em relação ao direito natural, já que não é pura e simplesmente um enésimo renascimento do direito natural, e não se trata de conceber uma esfera pré-positiva vinculada à ordem divina, à natureza das coisas, à razão, ou à revelação de Deus, pois o direito é sempre direito positivo, ou seja, aquilo que as gerações dos seres humanos decidem que seja.

⁷⁶⁰ Neste sentido ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho e justicia*. 6ª ed. Madri: Editorial Trotta, s/ano, pág. 14, fala em uma ductibilidade constitucional para tratar da necessidade de uma constituição que possa, ao mesmo tempo, não renunciar às suas características de unidade e integração, mas, simultaneamente possa fazer-se não incompatível com uma base material pluralista, que exige que cada um dos valores e princípios se assumam como não absoluto, compatível com outros com que deve conviver. Aliás, o pluralismo de valores e a lealdade em seu enfrentamento, segundo Zagrebelsky são os dois únicos metavalores absolutos do Estado Constitucional.

que ao se direcionar para uma concepção mais realista do direito, aceita a tese de que um sistema jurídico real pode contentar-se com que suas normas não sejam extremamente injustas⁷⁶¹, entendemos que o simples desvalor não é gerador de invalidade.

Aliás, esta é uma posição clássica, já bem desenvolvida em Tomás de Aquino⁷⁶² e contemporaneamente abraçada por autores da estatura não só de Alexy, mas também de John Rawls⁷⁶³. O nosso entendimento, então, na esteira do que pensam Alexy e Rawls é que apenas normas profundamente injustas teriam o condão de invalidar uma norma jurídica, devendo o sistema aceitar a possibilidade de resultados “injustos”, ou seja, aceitar um certo grau de injustiça.⁷⁶⁴ Nesta via, o dever de um certo grau de civismo a que se submete aquele que vive em sociedade impõe a aceitação das imperfeições das instituições produtoras das normas, sendo que em um Estado Constitucional de Direito há normalmente um dever político decorrente (para alguns uma obrigação) de se aceitar leis injustas, desde que as mesmas não ultrapassem determinados limites.⁷⁶⁵

O que entendemos ser possível retirar desta lição é que embora um justo mais amplo possa produzir efeitos colaterais de injustiça, o injusto (como

⁷⁶¹ Questão que ilustra de forma interessante essa posição é a que vem sendo discutida no Brasil quanto à possibilidade de autoridades públicas nomearem seus parentes para cargos públicos comissionados, de livre nomeação, e cuja prática vem sendo combatida em razão de inaceitáveis abusos. Neste caso, a fim de proporcionar a solução para a questão, grupo de parlamentares vem discutindo a possibilidade de, por intermédio de lei, impedir que parentes de autoridades venham a ser contratados sem prestação de concurso, e que tais cargos só possam vir a ser exercidos por quem não possua parentes que detenham cargos com poderes para este tipo de contratação. Ora, não há dúvidas que uma regra desta natureza pode ferir o princípio da igualdade ou o da isonomia de tratamento, pois o candidato ao cargo pode estar sendo contratado por seus próprios méritos, por quem nem mesmo conheça o tal parente exercente de cargo que serve como impedimento para ele. Pode-se, inclusive, tornar mais dramática a história se este candidato ao cargo não conhece, ou não tem intimidade, ou pior, mesmo conhecendo, não se relaciona por motivos pessoais com o detentor do cargo. Neste caso, verifica-se que, ainda que seja esta lei fruto de uma decisão política pautada nos mais caros valores éticos, pode vir a acarretar algumas injustiças. Todavia, pensa-se que isto não pode vir a ser tido como impedimento para sua aprovação, pois que seus benefícios bem como seu caráter simbólico compensam em muito possíveis injustiças.

⁷⁶² Em Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005, v. IV, pág. 590, quando respondendo a Questão 96, afirma que se deve seguir a lei injusta, em alguns casos, embora as mesmas não obriguem a consciência. Porém, quando as leis são contrárias às leis divinas não podem as mesmas serem cumpridas.

⁷⁶³ Em RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Lisboa: Editoria Presença, 1993, págs. 273 a 276, quando trata do dever de obedecer uma lei injusta. Mais precisamente na pág. 276 o autor assim assevera: “Apesar disso, quando adotam o princípio da maioria, as partes concordam em se submeter a leis injustas apenas em certas condições. De forma esquemática, podemos dizer que a longo prazo o fardo da injustiça deve ser dividido de forma mais ou menos igualmente os diferentes grupos da sociedade e que as consequências das políticas injustas não devem tornar-se excessivamente pesadas em qualquer caso.”

⁷⁶⁴ Assim, ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 94-95.

⁷⁶⁵ Segundo RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Lisboa: Editoria Presença, 1993, págs. 273 a 276, quando trata de um suposto Estado de “quase justiça” (e que nós correlacionamos com o Estado Constitucional), a aceitação destas dificuldades é simplesmente o reconhecimento dos limites impostos pelas circunstâncias da existência humana.

resultado obtido após o sopesamento dos valores e desvalores em jogo) não possui justificabilidade. Assim como o justo é o juízo que advém do resultado de uma ponderação aonde os valores superam os desvalores, o injusto é o juízo que se obtém quando, realizada a ponderação entre os valores e desvalores de uma determinada norma, o resultado a que chega o julgador é que o desvalor prepondera e, portanto, deve ser tal norma considerada injusta.

É possível, entretanto, se fazer uma distinção específica no gênero “lei injusta”.⁷⁶⁶ Essas podem ser: *injustas originariamente*, ou seja, *in abstracto* já deixam de revelar qualquer possibilidade interpretativa que as convertam em normas compatíveis com os filtros axiológicos oferecidos pelo sistema, ou *injustas de forma eventual*, ou seja, *in abstracto* apresentam-se compatíveis com os critérios de justiça, mas em alguns casos concretos, em razão da particularidade da situação fática analisada, impõe uma solução injusta a determinados destinatários. As primeiras, dificilmente poderiam ser aceitas, já que, não apenas partiriam de um pressuposto inaceitável sob a perspectiva ético-moral, mas também, certamente, violariam filtros materiais constitucionalmente impostos.

Já na segunda hipótese, tratando-se de normas injustas de forma eventual, é razoável imaginar que aquele que é prejudicado deve suportar o revés (se, obviamente, não se configurar o caso em uma situação teratológica de profunda injustiça), conforme já afirmado acima. Um possível afastamento da norma se daria no campo da aplicação⁷⁶⁷, mas não do validade, já que se caracterizaria um problema de preferência em razão de uma hierarquização axiológica⁷⁶⁸. De toda sorte, é sempre um caso de ponderar os valores em questão, pois, há de se ter em vista, que a aplicabilidade da norma, independentemente de suas anomalias no âmbito da correção ético-moral, sempre encontrará defesa, no mínimo, no princípio da segurança jurídica, ou em algumas de suas dimensões.

Por isso, deve ser afastada a ideia de que o injusto possa se basear em possíveis desvalores analisados isoladamente. Devem ser estes sopesados com os valores positivos que podem ser extraídos do dispositivo em análise. Para que uma

⁷⁶⁶ Não deixa de ser semelhante com a que aqui se apresenta a distinção apresentada em NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, págs. 115 e 116. Apenas o autor, ao estabelecer sua divisão tricotômica, (normas injustas por destinação, causais e eventuais) acrescenta um subtipo que é quando a norma é produzida pelo legislador para fins justos, mas sua má elaboração gera efeitos prejudiciais aos destinatários.

⁷⁶⁷ Também assim é enxergado o problema em PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014, pag. 26.

⁷⁶⁸ Conforme conceito previsto em, GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di Teoria del diritto e dello Stato*. Turim: G Giappichelli, 2006, pag. 41 e seguintes.

norma seja considerada injusta, os desvalores que a mesma transporta devem ser contundentes a ponto de justificar o abalo que a retirada de uma norma causa no ambiente jurídico. Não se caracterizando este quadro, o juízo de invalidade não pode se configurar, apesar do conteúdo de desvalor presente no dispositivo normativo.

Parece-nos, então, que a produção de consequências injustas pela norma, a partir de um caso concreto, é aceita como uma concessão à segurança jurídica do sistema. Porém, isso não significa que a norma seja injusta *per si*, pois a obtenção de um juízo de injustiça de uma norma implica que a mesma o seja *prima facie*. Sendo a concepção de validade ética específica retirada de uma ponderação entre os valores e desvalores trazidos pela referida norma, para que se configure a “invalidade ética” faz-se necessário que os desvalores superem os valores em uma ponderação em que se tem como ponto de partida a ideia de que a segurança jurídica é um valor essencial ao direito, e sua carga axiológica apresenta um peso elevado no sentido de que seja a norma mantida no sistema.

Por essa razão, o reconhecimento da invalidade sob o prisma axiológico representa que o juízo de desvalor obtido configura uma forte agressão ao sentimento de justiça cultivado em uma dada sociedade, a ponto de superar a inequívoca relação que a própria ideia de segurança - como um caríssimo valor social - tem com a idealização do justo.⁷⁶⁹

3.3.7.2.1.4 A possível colisão de validades específicas e a busca de um juízo de validade sistêmica

Chegamos aqui a um ponto importante, sob a perspectiva metodológica, do desenvolvimento do trabalho e que tem por pretensão servir como linha condutora para uma nova compreensão do fenômeno da invalidade normativa. De acordo com o que observamos a busca do conceito de validade sob uma ótica sistêmica, por razões metodológicas, é examinada a partir de uma necessária subdivisão do fenômeno normativo em dimensões (as validades específicas). Por essa razão, mesmo a busca de uma totalização em sentido hermenêutico-cognoscitivo, acaba por subdividir essa

⁷⁶⁹ O Supremo cada vez mais vem incorporando em sua hermenêutica o princípio da ponderação de valores como mecanismo de restrição de valores, por exemplo: ADI 855 MC / PR - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE ; Julgamento: 01/07/1993; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.; ADI 1158 MC / AM - Relator(a): Min. Celso de Mello; Julgamento: 19/12/1994; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.; ADI 319 QO / DF - Relator: Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 03/03/1993; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.; HC 71373 / RS Relator: Min. F. Rezek Rel. Acórdão:Min. Marco Aurélio, Julgamento: 10/11/1994; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

validade sistêmica (em sua pretensão de totalidade) em validades específicas (formal, social e ética) que se correlacionam com as dimensões do direito, em sua perspectiva tridimensional (normativo-jurídica, fática e valorativa).

A questão que se projeta, então, é a seguinte: qual das perspectivas será determinante – se é que é possível o reconhecimento de alguma norma como tal em detrimento das demais - para que a norma seja reconhecida como válida e, portanto, obrigatória? O tema comporta algumas dificuldades extras, já que se encontra em discussão, não só uma pretensão de justiciabilidade, mas também a harmonização desta com segurança jurídica.

A ideia central que temos procurado apresentar no âmbito deste trabalho para o enfrentamento da referida questão parece ser aquela defendida por Miguel Reale, que entendia que, para que uma norma fosse reconhecida pelo direito e, portanto, viesse a cumprir os requisitos de acolhimento obrigatório pelo sistema, deveria cumprir, não só o requisito da validade jurídica e da validade social, mas também o da validade ética.⁷⁷⁰

Esta solução, não obstante apresentar um grande avanço para o desenvolvimento da dogmática jurídica, ao situar o valor como condição de validade do Direito, parece estar ligada a uma forma de exame mais ortodoxa e tradicional, que vem sendo superada por procedimentos de análise mais sofisticados que, paulatinamente, avançam, na medida em que crescem as dificuldades de se relacionar com um quadro social de crescente assunção da pluralidade, em que as situações da vida apresentam-se cada vez mais complexas.⁷⁷¹

Sendo o Direito uma disciplina essencialmente pragmática⁷⁷², vinculada aos problemas concretos da vida, cujas soluções de justiça, na maior parte das vezes, necessitam ter como parâmetro de análise concepções que se afastem das visões eminentemente puristas. Preferem-se, neste sentido, concepções fundamentadas,

⁷⁷⁰ Isto se extrai da afirmação em REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pág.116, quando o autor afirma que “três são aspectos essenciais da validade do Direito, três requisitos para que uma regra jurídica seja legitimamente obrigatória: o fundamento, a vigência e a eficácia, que correspondem, respectivamente, à validade ética, à validade formal ou técnica jurídica e validade social.”

⁷⁷¹ Conforme constante em BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pág. 108, assevera-se que a pós-modernidade pode ser percebida pelas consciências como “ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção e trabalho, etc.).”

⁷⁷² SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. In: *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99 – 2ª tiragem*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, pág. 133;

não só na realidade empírica que ressalte o caráter pragmático e realístico em que se insere a norma, mas também nos valores envolvidos - os vigentes no corpo social e aqueles que são ainda meras idealidades.⁷⁷³ É a razão pela qual se deve distinguir o “normativismo jurídico concreto” do “normativismo puro” de Hans Kelsen.

Ora observa-se então, a necessidade de criação de um regramento que esteja apto a tratar de situações que não se encaixam em modelos de laboratório, puramente teóricos, já que no largo espaço deixado por estes, é possível encontrar situações fáticas que necessitam de regramento fora do quadro limitado de soluções oferecido pela doutrina clássica. Já Alexy previa que casos extremos permitem reconhecer o que em situações normais não é perceptível.⁷⁷⁴ No âmbito dos conceitos de validade, não necessariamente utilizaríamos o adjetivo “extremos”, mas, sem dúvida, casos de maior complexidade é metodologicamente adequado que se reconheça a existência de colisão entre validades específicas.

Como uma primeira regra a ser estabelecida para o enfrentamento da questão, deve-se afastar a ideia de que qualquer uma das perspectivas acima deva ser considerada, aprioristicamente, preponderante em relação às demais.⁷⁷⁵ Isto em razão de que uma análise mais aprofundada do tema demonstrará que as três esferas da validade, podendo ser analisadas de forma independentes entre si - ainda que se contagem umas às outras -, apontam para resultados que devem demandar mais do que uma análise simplista do tipo “tudo ou nada”. Aliás, deve se ter em vista que a conclusão de um juízo de validade em cada uma das esferas analisadas representa um valor ao sistema. Como exemplo, podemos afirmar que um juízo de valor positivo em relação à validade formal representa que o valor segurança está sendo exaltado, pois a permanência da norma seguiu os trâmites exigíveis.

⁷⁷³ Aqui assumo a ideia de que os valores são também produto intencional do homem e não apenas derivação aleatória da vida sócio-histórica. Sob essa perspectiva filiamo-nos às ideias que foram identificadas como “existencialismo jurídico”, que na esteira heideggeriana, mas também de Sartre e Jaspers compreendem a juridicidade como um projeto histórico social do homem sobre si próprio e que é resultado de uma dialética entre pressupostas condições humano-sociais funcionalmente concretas e a decisão projetante da humanidade no homem. Nesse sentido, ver NEVES, Castanheira A. *A Crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a Possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág.. 39 e 40.

⁷⁷⁴ Em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 90.

⁷⁷⁵ Em consonância com ANSUATÉGUI, Francisco Javier. *Curso de Teoría del Derecho*. 2ª ed. PECES-BARBA, Gregório; FERNANDEZ, Eusébio; ASÍS, Rafael de. (Orgs.). Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 31, em que o autor, seguindo lição de Norberto Bobbio, afirma que essas posições reducionistas se manifestam quando o positivismo ideológico, ao considerar que as normas jurídicas são justas por serem válidas, reduz a justiça à validade; quando o jusnaturalismo afirma que as normas são válidas porque são justas, reduz a validade à justiça; e, por fim, quando o realismo jurídico afirma que para que as normas sejam reconhecidas com válidas devem ser eficazes, reduz a validade à eficácia.

Melhor elucidando: poderia uma análise desta natureza resultar em uma conclusão ou de “validade” – se reconhecidas as validades da norma em todas as suas esferas específicas - ou de “invalidade” – se, ao contrário, deixasse de ser reconhecida, ao menos, uma dessas esferas de validade, tornando a norma incompatível com o sistema jurídico. Se do ponto de vista lógico parece bastante razoável que a validade na sua forma sistêmica deva ser reconhecida tão somente quando se manifestem as validades em suas esferas específicas, e que sem a presença de qualquer uma das mesmas seria considerada inválida, parece-nos que uma análise mais vertical do problema nos levará a concluir que a solução é excessivamente simplista para a complexidade do mundo jurídico contemporâneo.

Entendemos, nesta direção, haver matizações possíveis entre uma situação e outra, de forma que é, por exemplo, plausível considerar que, mesmo se constatando a invalidade formal, não necessariamente deve a norma, sem ser submetida a um processo de ponderação, expurgada peremptoriamente do sistema jurídico. Nesse processo de natureza argumentativa, o fator fundante para determinar a validade da norma, ainda que em caráter excepcional, é o grau de importância material dos valores que a suportam, conjugado com o grau de eficácia da mesma.

3.3.7.2.1.4.1 O juízo de invalidade sistêmica a partir da invalidade social

Diante desta última afirmação, é possível perceber que a uma possível indagação sobre a possibilidade de se utilizar a mesma linha argumentativa para compreender como seria possível a validade sistêmica da norma – que representa o reconhecimento pelo sistema de que a mesma deve ser admitida neste -, se constatada a invalidade específica social (ausência de eficácia) ou, principalmente, a invalidade específica ética (ausência de justiça), a resposta seria negativa, em razão dos motivos que passaremos a enfrentar.

Sob a perspectiva da constatação de invalidade específica social, importante observar que já Kelsen afirmava que para o reconhecimento da validade de uma norma é necessário um mínimo de eficácia⁷⁷⁶ (ou validade social). Seguindo a doutrina de Alexy, entendemos que o umbral que separa a validade social de sua

⁷⁷⁶ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237, quando o autor afirma que uma norma jurídica singular não perde sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, ou seja, não é observada ou aplicada, embora devesse ser. Todavia, entende não possuir validade uma norma que nunca é observada ou aplicada, o que o autor considera que represente um costume negativo.

invalidade só é ultrapassado quando a norma deixa de apresentar um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia,⁷⁷⁷ conforme analisado anteriormente afirmado. Aliás, ao enfrentar o problema, o autor alemão chega à conclusão que uma norma ditada em conformidade com o ordenamento de um sistema jurídico socialmente eficaz não perde sua validade jurídica em razão de não ser muitas vezes respeitada e, nestes casos, sua desobediência só raramente sancionada.⁷⁷⁸

O fato é que há entre a total eficácia da norma e sua total ineficácia (invalidade social específica) matizações que geram infinitas possibilidades, mas que, segundo consagrada doutrina, não comprometem a validade sistêmica da norma de forma cabal. Pelo contrário, parece que mesmo uma eficácia em baixa escala já seria reconhecida por boa parte da doutrina e da jurisprudência (certamente atenta às posições kelsenianas) como suficiente para que se desse como satisfeita o requisito da validade social.

Todavia, essa aparente liberalidade da doutrina que se fundamenta em fatos empíricos, não tem como vir a ser estendida à norma que não possua esse mínimo de adesão social ou mesmo que não tenha probabilidade de obtê-la. Nesse caso, cabe lembrar, Kelsen ainda apresentaria uma possibilidade de garantir a validade da norma, afirmando que o não cumprimento só levaria à invalidade se também o poder público não sancionasse tal descumprimento.

Não entendemos, porém, que em uma visão verdadeiramente democrática possa essa posição triunfar. É bem verdade que nem todas as normas possuem conteúdos agradáveis de serem seguidos pelos seus destinatários, já que podem vir a representar uma interdição aos direitos de liberdade⁷⁷⁹, mas a reiterada desobediência à regra imposta (pelo povo soberano⁷⁸⁰) possui um simbolismo evidente, com a qual a força estatal utilizada para fazer valer a norma, pode significar o uso tirânico de uma violência que só está autorizada a se fazer presente quando de forma legítima e, admitamos, o sentido de legitimidade que estaremos defendendo

⁷⁷⁷ Em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 92.

⁷⁷⁸ Em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 91.

⁷⁷⁹ É bem verdade que para Kant, a lei não é uma inibição à liberdade, mas um meio de fazer conviver os arbítrios (*arbitrium liberum*) de todos, relacionando-os entre si. Neste sentido, KANT, Immanuel. *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Parte I*. Lisboa: Edições 70, 2004, págs. 15 e seguintes.

⁷⁸⁰ No sentido rousseauniano a soberania popular, expressa pela vontade geral, é inalienável e indivisível (ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. São Paulo: CID Editora, 2005, págs. 43-47). Porém, vale lembrar que a vontade geral (a lei) advém de uma decisão popular, diretamente tomada pelo povo, e nunca por um representante.

neste trabalho (principalmente a partir do Capítulo 5) é exatamente que norma legítima é a que conta com a adesão interna por parte dos destinatários.

Assim, só aceitamos parcialmente a posição kelseniana. A possibilidade de que somente parte dos destinatários cumpram a lei e ainda assim se reconheça a validade de uma norma, parece-nos aceitável. Todavia, a possibilidade de que seja reconhecida a validade apenas porque o poder público lançou mão da norma primária⁷⁸¹, não nos parece adequada a uma visão de um Estado Constitucional (democrático) de Direito. Embora não possamos, de antemão, prever todas as possibilidades que o complexo e plural mundo contemporâneo pode oferecer, entendemos que a regra é a de que o descumprimento reiterado das regras pela maioria esmagadora da população leva sim, a uma “invalidade fática específica”.

Porém, lembremo-nos que a mitigação aos naturais efeitos da invalidade específica (que é o de carregar à norma à seu não reconhecimento jurídico) só se justificam se as demais dimensões da validade, em seu conjunto, ofereçam à norma uma proteção transcendente que venha a suprir tal ausência. É bem verdade que se os valores são buscados no seio social, e se não houve aceitação da norma por este núcleo social, a conclusão lógica a que se chega é a de que os valores que fundamentavam aquela norma não convergiam com os valores socialmente respeitados.⁷⁸² Todavia, não se pode olvidar, que para aqueles que entendem existirem valores de natureza universal, nascidos da razão prática, e que não se vinculam às idiossincrasias de um povo específico, este argumento pode ser superado, embora pela via ética e não pela via fática.

Mesmo considerando que a total falta de adesão viesse a comprometer de forma inequívoca a validade social (lembremo-nos, que nesse caso, estamos a nos referir a uma norma sem um mínimo de efetividade e, portanto, inválida sob a

⁷⁸¹ Em Kelsen, a norma primária é aquela que determina a sanção pelo possível cometimento de ilicitude. Aliás, em KELSEN, Hans. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, pág. 57, já que não é o delito, a partir de uma perspectiva jurídica, contrário à lei ou negação à lei, pois “para o jurista, o delito é uma condição determinada pela lei...”.

⁷⁸² Conforme em PARGA, Milagros Otero. *Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela Publicacións, 1999, p. 14, a autora afirma que os valores representam “los cimientos sobre los que la sociedad quiere que se establezcan y acomoden las leyes”. Também, sob uma visão que correlaciona valor e sociedade, pronuncia-se TEIXEIRA, Antônio Braz. *Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990, p. 69, quando afirma “A cultura, porque criação humana, é marcada, simultaneamente, pela temporalidade, pela historicidade e pela objectividade, já que a obra de arte, a proposição filosófica, a norma jurídica, uma vez criadas ou formuladas, adquirem vida própria, tornam-se como independentes do seu autor ou do seu criador, são portadoras de um sentido próprio e seu, aberto dinamicamente ao conhecimento e à interpretação vivificante daqueles que com que elas entram em contato, sendo nessa relação a um tempo cognitiva e estimativa...”.

dimensão social); e que consideremos que as normas existam para servir de referência para ação humana,⁷⁸³ ainda assim é possível vislumbrar, no limite, e no plano teórico, que essa norma possa vir a ser considerada sistemicamente válida. Problema que nos parece fundamental neste caso, é que uma norma que não consegue um mínimo de adesão não parece estar apta a passar pelo teste da validade ética, sendo difícil imaginar hipótese em que a total ausência de adesão possa levar a uma validação no âmbito sistêmico⁷⁸⁴.

3.3.7.2.1.4.2 O juízo de invalidade sistêmica a partir da invalidade ética

A ideia de estabelecer uma dimensão ética ao conceito de validade apesar de não ser nova (pelo contrário, é muito antiga), não tem sido comum ao longo dos últimos tempos, principalmente naqueles em que predominou certo “império positivista”. Aliás, as escolas positivistas e historicistas tiveram papel de grande destaque nos últimos tempos, em detrimento das escolas com foco na perspectiva ética.⁷⁸⁵ Ao se estabelecer que a concepção do justo deva fazer parte da percepção de direito, por mais que isso possa significar a mitigação de um juízo de certeza, ainda assim nos parece que um retorno a um discurso de justiça é fundamental para a própria densificação do conceito de Estado Democrático de Direito, em busca da chamada democracia substancial, como veremos no Capítulo 5.

Conforme já tratamos mais acima, há quem considere que somente perde seu caráter jurídico a norma extremamente injusta⁷⁸⁶, sob alegação que uma

⁷⁸³ Conforme, MONCADA, L. Cabral de. *Norma Jurídica*. In: *Logos – Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa: Verbo, s/ano, v. III, p. 1176, quando o autor afirma que “só a respeito dos homens, como seres livres, pode rigorosamente falar-se de norma como algo carregado de um dever ser categórico ou hipotético”. Aliás, em HÖFFE, Ottifried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 60 *et seq.*, o autor rebate teses cuja pretensões em relação ao direito sejam técnicas, ou mesmo pragmáticas, para propor um imperativo jurídico categórico que não “depende em sua obrigatoriedade de nenhuma experiência”.

⁷⁸⁴ Em princípio, aceitar exceção à presente regra pode parecer uma posição somente passível de ser tomada por um governo autoritário e arbitrário. Porém, no limite, pode-se pensar em situações extremamente difíceis nas quais a atuação do poder público não possa ser outra se não a de tomar medidas profundamente impopulares. Para não ficar apenas nas possibilidades teóricas e para melhor ilustrar a situação, podemos citar como exemplo as medidas praticadas pelos governos de vários Estados da Zona Euro, no âmbito da crise financeira de 2008 que levou quase todos os países do continente europeu à recessão. As medidas políticas amargas certamente não contaram com a aprovação das populações desses países, porém, o não reconhecimento das normas expedidas por tais governos por ausência de validade normativa poderia levar a situação a um patamar mais baixo do que aquele que a própria crise fez chegar. Nesse sentido, é razoável que não nos ancoremos em uma regra absoluta, sem estabelecer uma válvula de escape para situações limites.

⁷⁸⁵ Nesse sentido, HÖFFE, Ottifried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

⁷⁸⁶ Em ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 94, o autor rejeita a possibilidade de se alegar que uma norma é válida quando possui um mínimo de justificabilidade, pois que só o fato de pertencer ao sistema pode ser encarado como um mínimo de

certa dose de sacrifício deve ser admitida por aquele a quem se destina a norma⁷⁸⁷. Se inicialmente tal formulação pode causar certa surpresa, já que abertamente admite-se que uma norma que lance no sistema jurídico conteúdo de direito injusto permaneça no sistema (muitas vezes de forma socialmente eficaz), uma análise um pouco mais aguda sobre o tema poderá ser reveladora no sentido de que a justiça total não é algo alcançável, principalmente em uma sociedade em que a pluralidade é não somente uma realidade, mas um valor reconhecido e incentivado⁷⁸⁸.

Sendo a concepção de validade ética, uma espécie obtida a partir de uma ponderação entre os valores e os desvalores que potencialmente pode a norma primária infiltrar no sistema jurídico-constitucional, há uma possibilidade binária de se obter o juízo sobre a validade específica ética: ou a mesma é justa e por isso detentora desta validade específica ou é considerada injusta e, nesse caso, é considerada inválida sob essa perspectiva. Como vimos, a ideia de invalidade não se relaciona com a possível existência de conteúdos de injustiça da norma, mas sim com o resultado da ponderação entre o conteúdo material de valor positivo e o conteúdo material negativo (desvalor), referenciados pela régua axiológica imposta pelo sistema.

Então, para que possível injustiça seja admitida, é necessário que se comprove mais do que mera a potencialidade da norma de causar um dano ordinário aos seus destinatários, pois sempre haverá, contrapondo-se a ideia de contaminação da norma, como argumento favorável à permanência da mesma no sistema, a expectativa que ela gera ao adentrar no sistema. Nesse sentido, nem que seja pelo caráter simbólico deletério que contamina a confiança que os destinatários depositam nos legisladores como mandatários habilitados a lhes conceder normas destituídas de vício, e também em razão do princípio democrático, entende-se que a decisão de invalidade (sistêmica) é sempre corrosiva, razão por que deve ser sempre evitada quando possível.

É bom que se ressalte, que não nos filiamos àqueles que entendem ser a segurança o mais alto valor do sistema jurídico. Aliás, tal posição resta implícita

justificabilidade moral, preferindo, então, a ideia que somente uma injustiça extrema pode viciar a validade da norma, em demonstração de grande apreço pela segurança jurídica.

⁷⁸⁷ Embora usemos constantemente o termo “destinatário”, não é nosso objetivo apontar para uma concepção passiva da cidadania. Na linha de Rousseau, entendemos que o cidadão é, ao mesmo tempo, soberano e súdito. Mesmo que o papel de soberano apague-se um pouco com os sistemas democráticos representativos, ainda assim, é simbolicamente desejável e necessário que acreditemos que a cidadania tem papel importante no processo de produção das leis a que irá se submeter o cidadão, já no papel de súdito. Porém, o enfrentamento deste tema melhor se configura no âmbito da legitimidade, que será um tema para mais adiante.

⁷⁸⁸ Conforme ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho e justicia*. 6ª ed. Madri: Editorial Trotta, s/ano, pág. 14 e seguintes.

quando se reconhece que uma perspectiva neoconstitucional de análise mais se adequa à nossa cultura do que propriamente àquela positivista, cujo culto ao formalismo jamais nos possibilitou inteira adaptação. Por isso, aderimos à tese de que a qualidade de um sistema pode ser aferida, não pela sua capacidade de estrutura organizacional, mas pela sua capacidade de respeitar os valores humanos e sociais dos indivíduos e da sociedade a que se destinam as normas por ele veiculadas. É bem verdade, que se por um lado a segurança, como um princípio estruturante da ordem jurídica, auxilia na condução à justiça, por outro lado, a justiça, bem aplicada, conduz à segurança.

Diante do exposto, reiteramos que a norma que não consegue explicitar, a partir de um juízo conclusivo de justiça *prima facie* (lembrando que é sempre possível que a norma justa *prima facie* produza soluções injustas em casos concretos específicos, conforme já referenciamos)⁷⁸⁹, possui um defeito que dificilmente pode vir a viabilizar qualquer linha argumentativa no sentido de conceder validade sistêmica à norma.

Todavia, muito embora tenhamos optado por uma linha não-positivista de Direito e, portanto, entendendo que a dimensão ética passa a ter uma importância essencial no sentido de aproximar, tanto quanto possível, a realidade normativa do projeto moral construído e experimentado dinamicamente pelo corpo social (inclusive paulatinamente incorporando à consciência coletiva), a verdade é que, ainda assim, é possível imaginar situações em que o resultado de uma invalidade ética específica não é suficientemente forte para levar à derrocada da norma por intermédio de sua invalidação sistêmica.

Neste ponto procuramos manter coerência com o que estabeleceu Dworkin, quando o mesmo afirmou que alguma injustiça é passível de ser aceita. Como se sabe, o processo de ponderação pode apresentar um “jogo” equilibrado de forças que acabe por fazer concluir que aquela norma produz menos benefícios do

⁷⁸⁹ Em ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V, 1137b. São Paulo: Martin Claret, 2005 pág. 125, no item 10 a questão já era enfrentada pelo filósofo, que assim tratou do tema: “O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.”

que malefícios. Porém, há de se admitir que este resultado (que não tenha a marca da obviedade de uma justiça teratológica) ainda deve entrar em confronto com os valores que são produzidos pelas outras dimensões normativas. Neste caso, a título de exercício judicante, imaginemos que a norma, embora com seus “defeitos materiais” esteja sendo respeitada pelo corpo social em razão deste enxergar a imprescindibilidade de sua aplicação, ou mesmo, entendendo que os efeitos amargos sejam necessários para que se evite o pior. É possível afastar de plano a possibilidade de validar uma norma nestas circunstâncias?

O exemplo citado, reconhecemos, está repleto de lacunas somente passíveis de serem locupletadas com um caso um concreto. Porém, tem a virtude de, evidenciado um *hard case*, mostrar-nos a plausibilidade de que mesmo um jusnaturalista (moderado) viesse a aceitar a validação sistêmica em uma situação na qual se configurou um juízo de invalidade ética. Neste sentido, embora a primazia moral do sistema deva ser preservada, não há como produzir juízos peremptórios sem observar as circunstâncias jurídicas e fáticas que envolvem qualquer caso difícil.

3.3.7.2.1.4.3 O possível juízo de validade sistêmica a partir da invalidade jurídica específica

Diante deste quadro, questão que emerge é a de saber se existem motivos que possam concorrer para que consideremos possível que uma norma que possua algum tipo de vício material ou formal no seu processo constitutivo, ainda assim, dê ensejo, mesmo que em casos excepcionais, a uma decisão que entenda ser tal norma merecedora de receber o atributo de validade sistêmica (ou genérica).

Iniciemos nossa análise a partir do primeiro tipo de vício, ou seja, o vício material. Nesse caso, parece-nos que a assumir que uma norma cujo conteúdo afronte aqueles estabelecidos pela norma hierarquicamente superior (e não estamos aqui no espaço de discussão axiológica, mas sim em um espaço de discussão semântica) possa ser reconhecida como válida, seria aceitar uma visão antiformalista do direito, posição que não pretendemos admitir. Em tempos neoconstitucionais a hermenêutica jurídica concede, pela via principiológica, maior extensão semântica aos dispositivos normativos, de forma que as normas inferiores devem não apenas se coadunar com uma norma superior específica, mas devem encontrar respaldo material no sistema.

Por isso, havendo as mensurações semânticas das normas *sub judice* e a paramétrica no processo interpretativo, e sendo constatada a incompatibilidade material da primeira com a segunda, não encontramos argumento razoável que possa abonar a permanência de uma norma cujo conteúdo conflita materialmente com as normas superiores. Seria admitir que conteúdo contrário à inteligência sistêmica pudesse dela fazer parte. Cabe lembrar, nesse sentido, que as normas principiológicas que alicerçam os sistemas jurídicos dos novos Estados Constitucionais de Direito concedem amplas soluções hermenêuticas a fim de recepcionar a vontade legislativa adequando-a aos espaços semânticos permitidos pelo sistema. Se tal não foi possível, é porque a violação material autoriza o reconhecimento da invalidade sistêmica.

Outra situação é o caso de violação formal. Como se sabe, esta se configura quando uma determinada norma deixa de cumprir alguns requisitos formais exigíveis no ato de elaboração, ou mesmo em atos posteriores que venham a possibilitar sua veiculação no sistema jurídico. É interessante observar que neste caso a doutrina e a jurisprudência são bastante mais rigorosas, no sentido de não reconhecerem a validade por ausência de requisitos formais, por mais insignificante que seja a falha.

Assim, em nome da segurança jurídica, contata-se uma certa inflexibilidade por parte dos órgãos judicantes, quando observada falha de natureza formal no âmbito de produção normativa, já que quando tal vício é constatado, o reconhecimento da invalidade sistêmica torna-se quase um imperativo. Todavia, os formalistas e ritualistas vêm, há muito, sendo criticado pela doutrina que, paulatinamente, vem se manifestando negativamente em face de tais excessos, que acabam por prejudicar a distribuição de justiça. Princípios jurídicos, como por exemplo, o da instrumentalidade das formas,⁷⁹⁰ já prenunciavam a mitigação desse verdadeiro culto aos excessos formais.

Porém, mais interessante ainda, é a linha argumentativa trazida por nova doutrina que, mais atenta às novas tendências do Direito - principalmente aquela que analisa o fenômeno jurídico no âmbito da linguagem -, vem produzindo novas teorias na área da interpretação normativa, informando, inclusive, que é plausível descobrir norma mesmo quando não há dispositivos específicos que lhe proporcionem

⁷⁹⁰ O Código de Processo Civil brasileiro informa no seu art. 154 o seguinte “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.”, que é a expressão legal do chamado princípio da instrumentalidade das formas.

suporte físico.⁷⁹¹ Como já anteriormente afirmado, se é possível vislumbrar que norma sem texto tenha reconhecida não só sua existência, mas também sua validade, por muito maior razão há de se admitir que, em certos casos, deve-se considerar a possibilidade de vir a ser reconhecida a validade sistêmica da norma formalmente imperfeita, quando o conteúdo da mesma encontra forte base de apoio nas outras dimensões específicas da validade.

Diante de tudo que foi acima argumentado, parece-nos que há suporte para afirmar que a validade de uma norma, ou seja, seu reconhecimento pelo sistema, deve ser obtido não como a doutrina tradicional vem realizando ao longo do tempo - apenas a verificação da conformidade da norma com os requisitos formais e materiais -, mas sim estabelecendo uma ponderação a partir das resultantes das validades específicas formal, social e ética.

Nesta linha, a validade sistêmica, longe de ser o resultado que ajuíza a adequação das três dimensões parciais específicas, como parece afirmar Reale, deve promover uma análise dialógica entre as resultantes de cada uma dessas validades específicas (mesmo quando não é possível extrair de uma delas um resultado de validade parcial), tendo por fundamento último a própria inteligência do sistema. Mesmo que eventual vício seja identificado em uma das dimensões normativas, não necessariamente se pode concluir pela invalidade sistêmica desta norma, já que a esta não deve ser atribuída um juízo de “validade sistêmica” unicamente nas situações nas quais todas as dimensões são tidas por válidas, pois se deve buscar uma análise do fenômeno que contemple toda a complexidade que um Estado Constitucional de Direito em tempos de hipermodernidade oferece.⁷⁹²

Faz-se necessário, por essa via, que se adotem linhas hermenêuticas que confirmem à norma, a possibilidade de serem reconhecidas pelo sistema, ainda que alguma das esferas de validade específica não esteja em perfeita consonância com as exigências idealmente traçadas. A questão que há de ser determinante e deve ser identificada é a seguinte: a manutenção da norma viciada – reconhecendo-se que mesmo um vício formal é algo bastante indesejável ao sistema, e por isso deve ser evitado ao máximo – justifica-se em razão da transcendentalidade dos valores

⁷⁹¹ Em ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22, quando o autor estabelece distinções entre norma e texto em acordo com as mais recentes teorias do Direito.

⁷⁹² Como bem afirma, ZAGREBELSKY, Gustavo. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Nàpoles: Editoriale Scientifica, 2006, pág. 9, o Estado constitucional seria se não um modelo definitivo em todos os seus aspectos, ao menos um sinal preciso de orientação, nascido do vasto mundo das concepções de ser humano e da sociedade humana, dos valores, das aspirações, da sensibilidade coletiva

embutidos na norma? Tal resposta só poderá advir após uma ponderação entre o valor segurança jurídica, que entendemos caríssimo ao Direito e que por isso roga o não reconhecimento da norma pelo sistema, e os valores que reclamam exatamente o contrário, ou seja, sua permanência neste sistema em razão da sua justiciabilidade, bem como possível grau de adesão da sociedade aos mandamentos da norma sob análise.

Mas vamos a uma outra questão: é possível que uma norma que não tenha sido produzida de forma a respeitar as formalidades exigíveis, mas que obtenha um grau de adesão social bastante alto (aqui certamente entra a questão do valor da própria norma) deva ser retirada do sistema? Não estamos aqui a aprofundar sobre o tipo de adesão (interna ou externa), que pode nos levar ao caminho da discussão acerca da legitimidade, porém, não podemos deixar de acreditar que uma ampla adesão em um regime democrático de direito, tende a nos fazer acreditar que o cumprimento da norma se dá, mais do que pelo temor da sanção, por uma adesão psicológica à norma (como diriam os realistas dinamarqueses).

Assim, deparamo-nos com um ponto bastante sensível que é o de considerar a possibilidade de se reconhecer como válida norma jurídica, ainda que não possua esta os requisitos formais exigíveis pelo sistema. Essa posição, clássica, defende a ideia de que a validade vincula-se sempre a uma posição de correção formal, sendo que mesmo autores reconhecidamente não-positivistas a aceitam pacificamente, ou seja, a validade só se configura pela soma de suas partes complementares (fática, normativa e ética, para aqueles que aceitam essa dimensão).

No caso acima analisado, portanto, a ausência da validade formal, necessariamente contaminaria a validade sistêmica, independentemente do conteúdo e da aceitabilidade da norma. Porém, o que se está propondo é que em situações nas quais a carga de valores transportados pela norma fosse muito alta (ou mesmo o grau de adesão social ao comando normativo fosse bastante alto) , a possível retirada da mesma do sistema poderia vir a ser considerado mais prejudicial que sua permanência, ainda que formalmente contaminada. Por esta linha, defendemos a tese de que sistemicamente a norma é válida, pois apesar da desconformidade formal, é ela compatível com o sistema, o que não ocorreria com a desconformidade material.⁷⁹³

⁷⁹³ Deixando claro que a desconformidade formal não acarreta necessariamente a incompatibilidade (entendida esta como expressão designativa de um juízo obtido a partir da invalidade sistêmica).

Sintetizando, podemos afirmar que um juízo de validade formal ou de validade material, acarretam no que estamos denominando por invalidade jurídica específica. Porém, se o vício material deve acarretar o reconhecimento da invalidade sistêmica (e a norma não poderá ter sua juridicidade confirmada), o mesmo não necessariamente deve ocorrer quando a invalidade jurídica específica é reconhecida em razão da constatação de um vício formal. Neste caso, há de se considerar a possibilidade de que as demais dimensões da validade (social específica e ética específica) possam justificar o reconhecimento da juridicidade da norma irregularmente produzida.

A verdade é que entendemos a validade sistêmica como um complexo unificado na qual a divisão em validades específicas se mostra competente, a partir de uma análise pedagógica do fenômeno normativo, para demonstrar com maior clareza, de forma holística, como as unidades normativas se organizam formando uma síntese reveladora da realidade jurídica.

CAPÍTULO 4: A VALIDADE CONSTITUCIONAL COMO TIPO COROLÁRIO DA ESPÉCIE VALIDADE

A ideia de validade que temos sustentado é a de que se trata de atributo normativo imprescindível para reconhecimento da juridicidade, pois é ela que determina o pertencimento ao sistema. O problema de saber se uma regra é válida, ou não, parece encontrar a melhor explicação nas teorizações estabelecidas por Kelsen, quando o mesmo explica que a norma inferior deve buscar seu fundamento de validade na norma superior. Embora Kelsen tenha se referido a pressupostos predominantemente formais (enquanto nós preferimos seguir aqueles que entendem que a adequação deve se dar em perspectivas mais amplas), a verdade é que a ideia central da adequação resta aceita por quase a totalidade doutrinária e jurisprudência dos países que adotam a visão constitucional.

Porém, as teorizações que circunstanciam o tema afirmam que a emanção de um juízo de validade/invalidade depende do reconhecimento de uma norma última jurídico-positiva, no topo do sistema, que demarque as balizas fundamentais que deverão ser obedecidas pelas demais regras, ou seja, o reconhecimento de um corpo de normas que funcione como *lex superior*. É este corpo de normas, cujo conjunto chamamos de constituição, que trata da organização do exercício do poder, dos direitos fundamentais e dos princípios reitores do sistema, estabelecendo os parâmetros de validade em relação às demais normas do sistema.

Todavia, a teorização de como esse conjunto de normas organiza o sistema, estabelecendo juízos de validade/ invalidade normativa continua sendo construído no decorrer do tempo, a fim de se adequar às necessidades de cada tempo histórico, aonde encontra suas raízes. Começamos o estudo da validade/ invalidade constitucional analisando a construção, no tempo histórico, de um dos conceitos lógico-dogmáticos mais centrais do constitucionalismo (e mais ainda no neoconstitucionalismo), que serve como guia incontornável no processo de determinação da validade (constitucionalidade) / invalidade (inconstitucionalidade): a supremacia constitucional.

4.1. A construção moderna da supremacia constitucional como base da validade constitucional

O conceito construído de constituição como ordem estruturante do sistema jurídico está absolutamente embasado nos pressupostos do Direito moderno, sendo que, na maioria dos casos⁷⁹⁴ não seria excessivo dizer que não apenas no imaginário dos juristas, mas também no imaginário popular os conceitos de direito e constituição confundem-se. Essa visão começa a ser construída no Constitucionalismo, movimento jurídico-político que emerge no contexto histórico-cultural da denominada Era Moderna.

Neste contexto, não é a constituição vista, ainda, como um texto com a força normativa que nos dias atuais lhe conferimos. No âmbito do surgimento do Estado de Direito é a lei produzida pelos representantes do povo que representa a superação de uma fase de transição, com a gradativa superação do paradigma ideológico medieval e solidificando o paradigma liberal-burguês⁷⁹⁵, vivenciado em toda a sua intensidade no Iluminismo do Século XVIII – o denominado Século das Luzes.

Por esta razão, é impossível dissociar o processo de consolidação do Estado Moderno, liberal e burguês, do surgimento do Constitucionalismo como movimento que determinou, não apenas o primado da lei sobre as vontades arbitrárias do exercente do poder absolutista, mas também como inspiração para o surgimento de novos mecanismos teóricos que proporcionassem base ao este novo ideário. Isso porque, neste contexto de crescente valorização de direitos e liberdades individuais, derivados de um quadro filosófico-teórico de exaltação da dignidade da pessoa humana, os mecanismos teóricos à disposição do jurista já não eram mais adequados para a preservação das relações sociais, cujas teias iam se tornando crescentemente complexas.

Ainda que não se deva sustentar a ideia de constitucionalismo como um conceito homogêneo, sem variações de espécies, parece ser possível conseguir

⁷⁹⁴ O termo utilizado “na maioria dos casos” refere-se às exceções vivenciadas nos países mulçumanos ou naqueles em que a religião (poder espiritual) submete o poder laico ou temporal, de forma que não se pode conceber para estes Estados a constituição nos moldes que a concebemos neste trabalho, como um sistema último determinante da ideia de direito. Cabe ressaltar, que nesses casos, a norma de natureza jurídica submete-se a normas de natureza teológica, de onde poderíamos fazer uma analogia com o sistema de justiça utilizado na Europa Medieval quando a lei do tempo - *lex temporalis* agostiniana ou a *lex humana* aquiniana - submetiam-se a *lex aeterna* (ou a lei de Deus) sob uma mesma lógica hierárquica que utilizamos nos dias de hoje. De lembrar que a separação da *lex aeterna* das *lex naturalis* e *lex humana* contribui em termos historiográficos para a superação do paradigma medieval pelo paradigma moderno. Para uma abordagem sintética, porém clarificadora, ver KAUFMANN, A. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A.; HASSMER, W. (Orgs.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 74-83.

⁷⁹⁵ A noção de paradigma que se pretendeu estabelecer é aquela utilizada por KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, como conjunto de concepções e pré-concepções compartilhadas por uma determinada comunidade em uma dada época e local.

extrair uma raiz ontológica do movimento⁷⁹⁶. Entendendo que os ideais liberais vivenciados na época, não somente não foram superados na sociedade ocidental, mas que, pelo contrário, de lá para cá se intensificaram com o neoconstitucionalismo⁷⁹⁷ -, podemos afirmar que se trata de uma causa primária para o estabelecimento e organização política e social de uma determinada sociedade⁷⁹⁸, com a finalidade de limitar o poder do Estado⁷⁹⁹ transferindo-o aos cidadãos. Com isso, distancia-se da ideia clássica do Estado Leviatã, de forma a enfatizar como propósito estatal aquele de garantir direitos fundamentais aos indivíduos que estejam submetidos às suas regras⁸⁰⁰.

A construção de uma teoria mais sólida busca inspiração em algumas ideias bases onde vários são os teóricos que contribuem. Locke, por exemplo, ao afirmar a existência de uma *supreme power*⁸⁰¹ concretizada no poder legislativo - órgão cuja função básica e prioritária é o estabelecimento de normas de caráter geral e que, pela plenitude de sua incidência, governam a comunidade, além de, secundariamente, ter uma função fiscalizadora⁸⁰² -, dá início a uma construção teórica que, alicerçando-se em uma teoria contratualista⁸⁰³ estabelece como ideia central a de que o poder político de uma determinada sociedade é conferido a esta, e não a um

⁷⁹⁶ Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51 sustenta que o movimento constitucional possui raízes diversas sob o ponto de vista espaço-temporal, o que acaba por determinar a existência de vários constitucionalismos como, por exemplo, o inglês, o americano, o francês. A essa distinção de espaço-tempo trazida pelo autor, podemos acrescentar outras de natureza mais teóricas que se dão em razão das próprias derivações que o movimento construiu foi construindo no tempo e que, no caso do neoconstitucionalismo, levaram de forma mais contundente ainda a ideia de valorização da supremacia constitucional.

⁷⁹⁷ Aliás, já anteriormente, quando tratamos do neoconstitucionalismo, afirmamos que, se por um lado o neoconstitucionalismo (naturalmente) encontra suas raízes mais imediatas no constitucionalismo liberal do Séc. XVIII, como uma derivação indiscutível que é deste movimento, por outro lado, deste se autonomiza, como um filho que procura sua própria identidade, e que aprofunda algumas das características mais centrais do próprio movimento.

⁷⁹⁸ Nesta linha cabe a referência à obra de HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e a "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.23-28, quando o autor, em síntese, deixa clara sua posição no sentido de que a apreensão do real significado da constituição só pode ser considerado legítimo, se for resultante da participação catalisadora de toda a sociedade, em seus diversos grupos, e não exclusivamente um evento estatal.

⁷⁹⁹ Em CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel*. 20ª ed. Armand Colin: Paris, 2003, p.23. Também, CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Tecnos: Madrid, 1999, v. I, p. 145

⁸⁰⁰ Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

⁸⁰¹ Ver LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, Capítulo XI, quando o autor trata da extensão do poder legislativo.

⁸⁰² Nesse sentido, REALE, Miguel. *O Poder Legislativo*. In: *Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 68.

⁸⁰³ Cf. LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, Capítulo VIII, § 95.

qualquer soberano, sendo o povo elemento legitimador da força e da obrigatoriedade das leis⁸⁰⁴.

Por isso, é justo que se afirme que Locke, na mesma linha utilizada por Grócio⁸⁰⁵, Pufendorf, Leibniz e Wolff⁸⁰⁶, auxilie na implosão do paradigma “constitucional”⁸⁰⁷ medieval fundamentado na *lex aeterna*⁸⁰⁸, de forma a oferecer subsídios para a criação de um constitucionalismo moderno.⁸⁰⁹ Para tanto, situa os direitos e a autoridade da lei suprema no consentimento dos indivíduos livres, iguais, independentes e racionais⁸¹⁰, refutando a personalização do poder.⁸¹¹

Outro nome importante na gênese do constitucionalismo e que também labora para a construção paulatina da ideia de supremacia constitucional é Sieyès. Submerso no contexto revolucionário na França do final do Século XVIII, no qual assumiu papel histórico ativo, ele estabeleceu o conceito de um *pouvoir constituant*, originário e soberano, que tem como projeto a instauração de uma nova ordem jurídico-política, a partir de uma constituição.

⁸⁰⁴ Cf. LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, Capítulo XI, § 134. Importante sublinhar, que a formulação lockeana dará origem à formulação de um princípio da legalidade, assente na supremacia do poder legislativo. Nesse sentido, OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 54-56.

⁸⁰⁵ Segundo VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: Definições e fins do Direito: Os meios do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.147, Locke mescla ao sistema hobbesiano um argumento desenvolvido por Grócio que baseia a existência de direitos subjetivos naturais do indivíduo, a partir da lei natural imposta por Deus.

⁸⁰⁶ Nesse sentido, PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 16, onde o autor aponta para o esforço desses pensadores, que, a partir do início do Século XVII, sem renegar a fé cristã, almejam ultrapassar o modelo teológico ao laicizar o direito natural, concebendo-o como um sistema puramente racional.

⁸⁰⁷ Mesmo que preferimos guardar a expressão “constitucionalismo” a este movimento específico moderno do Século XVIII, neste caso específico o utilizamos no sentido de base, alicerce, fundamento.

⁸⁰⁸ Ainda que neste caso Locke afirme que a Lei da natureza deva estar em consonância com a vontade de Deus. Nesse sentido, LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, Capítulo XI, § 135. Apesar da concessão, o filósofo claramente se filia em uma corrente jusnaturalista em um rumo ao pensamento iluminista, apontando, e não mais que isso, para o rompimento com o pensamento escolástico. Certamente, o tempo de Locke é um divisor de águas entre a Escolástica e o Iluminismo. Nesse sentido, KAUFMANN, A. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A.; HASSMER, W. (Orgs.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.91.

⁸⁰⁹ É importante observar, conforme informa VIEIRA, José Ribas. *Construindo a Teoria da Constituição no Século XXI: a Presença Norte-Americana e Aspectos Comparativos*. In: *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.3, que no processo de construção da Constituição Americana de 1787, foram incorporados elementos fundantes de alto valor, em consonância com seu artigo 6º, que estabelece serem as normas constitucionais “a lei Suprema da Terra”. Porém, em estudo bastante erudito, há de se observar a construção do constitucionalismo segundo a visão contida em FERRARA, Gianni. *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*. Mião: Feltrinelli, 2006, págs. 18-72, obra na qual faz a construção genética do constitucionalismo ocidental pelas ideias dos autores acima citados, mas também de Guilherme de Occam, Maquiavel, Erasmo, Moro, Campanella, Milton, Harrington, Lilburne, Winstanley, entre outros.

⁸¹⁰ Neste sentido, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça - Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.36.

⁸¹¹ FERRARA, Gianni. *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*. Mião: Feltrinelli, 2006, págs. 212-213.

Nessa linha, uma grande contribuição para o desenvolvimento do pensamento jurídico-constitucional (em especial no que se refere à ideia de supremacia constitucional) oferecida por Sieyès foi desenvolver, sob o plano teórico, a separação entre o poder constituinte e o poder constituído, sendo o primeiro considerado como manifestação do poder da nação⁸¹², e, por via de consequência, soberano, pois ilimitado por qualquer forma jurídica que não os princípios de direito natural⁸¹³; e o segundo, um poder delegado, e como poder decorrente da constituição, por ela limitado.

Por esse via, Sieyès compreendeu que a vontade governamental que se expressa no Parlamento deve se sujeitar à vontade da nação, expressa pela Assembleia Nacional Constituinte. Como efeito decorrente desta distinção, dissipa-se um possível conflito temporal entre as vontades distintas, já que se estabelece uma diferenciação essencial entre elas, de forma que a vontade da nação, que expressa à intenção do povo⁸¹⁴, por ser soberana a qualquer outra, submete, inclusive, à vontade da maioria.⁸¹⁵

4.1.1. A Supremacia com Base nas Teorias da Norma Fundamental

Saindo de uma construção teórica de base jusnaturalista, bem representada pelos autores acima citados, e adentrando em outra linha justificativa da

⁸¹² Importante observar que o termo “nação” foi conhecido na França revolucionária como “o conjunto formado pelos cidadãos de um país” em PÉRONNET, Michel. *Vocabulário Básico de La Revolución Francesa*. Barcelona: Editorial Crítica, 1984, pág. 220. Porém, em Sieyès alcançará outra conotação, sendo identificado com o próprio terceiro estado, estando aí excluídos as classes privilegiadas. Esta visão parece aflorar em SIEYÉS, Emmanuel. *Que es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madrid: Alianza Editorial, 1989, pág. 84 e seguintes, quando o autor desenvolve sua linha de demarcação afirmando o Terceiro Estado é uma nação completa, deixando evidentemente de fora aqueles que não fazem parte deste Terceiro Estado.

⁸¹³ Em BRITO, Miguel Nogueira. *A Constituição Constituinte – Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 75, o autor, quando alude à obra de BASTID, Paul. *Sieyès et sa Pensée*. Paris: Hachette, 1970, pág. 392, informa que com o decorrer dos anos, em uma segunda fase, Sieyès altera sua linha de pensamento, minimizando seu caráter revolucionário, e passando a entender o poder constituinte como um instrumento destinado a assegurar a estabilidade constitucional em uma clara concessão à ideia de segurança jurídica. Por isso, alterou sua rota, no sentido de virar sua teoria mais em direção ao direito positivo, em detrimento de uma concepção jusnatural, que melhor coadunava-se com a primeira fase (revolucionária). De qualquer forma, o que se deduz é que houve tão somente uma alteração de grau de estabilidade de uma constituição, mas não de substância no pensamento de Sieyès, pois que permaneceu como cerne do seu pensamento a ideia de que o poder constituinte, originário e soberano, que tem como projeto a instauração de uma nova ordem jurídico-política a partir de uma constituição, tem como titular o povo.

⁸¹⁴ Em HAMILTON, Alexander. *Os Federalistas. Capítulo LXXVIII*. In: *Série “Os Pensadores” nº XXIX (Jefferson, Paine, Os federalistas, Tocqueville)*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973, p. 167-172 o autor afirma que a Constituição deve ser preferida ao estatuto (lei) e a intenção do povo deve ser preferida à de seus agentes.

⁸¹⁵ Neste sentido, traduzindo uma ideia que impera nos dias atuais, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça - Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.47.

supremacia constitucional, de base juspositivista, fundamentalmente formal, temos, entre outras, como mais significativas, as teorias desenvolvidas por Hans Kelsen⁸¹⁶ e Herbert Hart⁸¹⁷.

Como aludimos um pouco acima, ao estabelecer que toda norma deve buscar seu fundamento de validade em uma outra hierarquicamente superior, Kelsen acabou por propor o entendimento de que deve haver uma regra positiva última no ordenamento, superior a todas às demais, de forma a tornar-se condição lógico-transcendental do Direito⁸¹⁸. Concebe, desta forma, uma linha de raciocínio lógico-dedutivista que parte da premissa que a regra superior, por estabelecer o procedimento de edição das inferiores, não pode conviver com estas, na eventualidade de que as mesmas venham a infringi-la. Independentemente de possíveis vícios de natureza lógica que contenham tais construções – e há autores que os apontam⁸¹⁹-, esta linha teórica, na verdade, contribuiu enormemente com a sistematização normativa da esfera jurídica, ideia essencial à organização do Estado Moderno.

Assim, a característica principal de todo sistema jurídico, para Kelsen, é sua unidade, pois que esta significa totalidade hierárquica, ou seja, a imputabilidade de todas as normas a uma única norma fundamental⁸²⁰. Nesse contexto, o pensamento kelseniano, ao desvencilhar o Direito de qualquer raiz fenomênica, procurou estabelecer um quadro lógico-sistemático abstraído de qualquer fonte que considere metajurídica, autonomizando o Direito como disciplina científica. Com isso,

⁸¹⁶ Cf. TROPER, Michel. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 222-223. Para o autor, a própria ideia de sanção a ser aplicada na lei desconforme é a prova cabal da superioridade constitucional. Mas se a constituição não explicitar essa sanção? “Selon se point de vue, lê silence de la Constitution implique lê contrôle de constitutionnalité des lois et le pouvoir dês tribunaux de déclarer que la loi inconstitutionnelle est nulle.”

⁸¹⁷ Em HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 117, o autor afirma que “A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é, num sentido importante, que tentaremos clarificar, uma regra última: e onde, e como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é supremo. Estas ideias do caráter último da regra de reconhecimento e de supremacia de um de seus critérios merecem alguma atenção.”

⁸¹⁸ Sem prejuízo do que aqui se afirma, não deixa de ser curioso que o autor austríaco em KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305, para defender a impossibilidade de retroação da decisão de inconstitucionalidade, tema que veremos mais adiante, afirmou que tal solução poderia ser justificada, já que a decisão dizia respeito a um ato do legislador, e o legislador também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que estivesse sujeito a um controle judicial, em argumento válido para aqueles que entendem que a lei como vontade atual do legislador deve ser preservada. Todavia, é importante que se elucide, Kelsen deixou claro que, de qualquer forma, que o legislador estava sujeito ao controle judicial.

⁸¹⁹ Cf. TROPER, Michel. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 228.

⁸²⁰ Conforme CABRERA, Carlos Alarcón. *Lecciones de Lógica Jurídica*. Sevilla: Editorial MAD, 2000, p. 89, quando o autor reafirma que, segundo Kelsen, a norma fundamental é o pressuposto jurídico fundamental que dá sentido a todo o ordenamento, que define as formas de conduta com relevância normativa e que acaba por constituir a realidade jurídica.

afasta-se o direito de qualquer vínculo com outros ramos do conhecimento, entre eles a ética, o que, reforçando seu cariz positivista, acabou por dar espaço para fundamentadas críticas providas, principalmente, daqueles com maior pendor às teses jusnaturalistas ou mesmo não-positivistas⁸²¹.

Sob esta perspectiva, Kelsen ao basear-se na premissa de que qualquer norma deveria buscar seu fundamento de validade em uma norma hierarquicamente superior, concebeu o que se denominou de “sistema dinâmico”⁸²², que traz como pressuposto conceitual a necessária hierarquização das normas jurídicas. Essa configuração hierárquica⁸²³ implica em uma necessária relação superioridade-subordinação entre normas, o que acaba por conceder ao que denominamos por constituição uma posição superior a qualquer outro dispositivo normativo contido no sistema.

A verdade é que a concepção teórica proposta pelo vienense, conforme logicamente se deduz, torna inevitável a presença no quadro sistêmico de alguma norma com *status* de supremacia sob qualquer outro dispositivo normativo constante nesse mesmo quadro, de forma a que esta se configure como fundamento positivo último de qualquer ordenamento jurídico⁸²⁴. Esse fundamento último⁸²⁵ do sistema positivo vigente que se costuma denominar constituição,⁸²⁶ Kelsen denominou de “*Grundnorm*”, a lei básica fundamental.

⁸²¹ Utiliza-se o termo acompanhando BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol.1, nº 1, 2001, p.40, quando o autor afirma ser a corrente pós-positivista ou, como outros a chamam, não positivista, uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, que seriam aspectos da denominada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

⁸²² KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 219. O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, ou seja, tal norma vem reger como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento, fundado, é claro, sobre a norma fundamental.

⁸²³ A ideia de uma construção hierárquica em degraus não era uma novidade no Direito. A Antiguidade já se utilizava desse tipo de estrutura, com destaque para as teorias da escolástica, que admitiam um degrau normativo último – *lex aeterna* – que em uma tentativa analógica poderia vir a ser comparada com a *Grundnorm*.

⁸²⁴ Cf. TROPER, Michel. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 221.

⁸²⁵ Aqui não se está a desprezar a realidade que vem se impondo quanto a mitigação da força normativa das constituições estatais diante dos processos de organização comunitária que começam a emergir em todo o planeta. Todavia, entendemos que o fenômeno não é, nesse caso, de rejeição à tese da supremacia constitucional, mas sim a substituição das constituições estatais pelas constituições comunitárias como fundamento último do sistema jurídico.

⁸²⁶ Observe-se que não se afirmou ser a constituição o fundamento de validade último de um sistema jurídico. Procurando estabelecer rigor em sua formulação teórica, Kelsen cria a norma hipotética fundamental a fim de solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas, a fim de evitar um *regressus in infinitum* desses atos normativos. Nesse sentido, KAUFMANN, A. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A.; HASSMER, W. (Orgs.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 181. todavia, cabe lembrar que Kelsen desenvolveu uma

Mas ainda que admitamos a imensa importância desta construção, percebe-se que a tese acima exposta confirma a supremacia constitucional somente sob uma perspectiva formal, a partir de um raciocínio de natureza lógico-dedutiva, cuja neutralidade axiológica⁸²⁷ deixa de levar em consideração argumentos cujas premissas, se não podem ter sua veracidade afirmadas com absoluta segurança, ao menos, geralmente, são identificadas pelos “sábios” como verdadeiras.⁸²⁸ Daí, podermos afirmar que, mesmo rejeitando a assepsia axiológica utilizada por Kelsen, é de enorme importância sua contribuição teórica no que se refere ao desenvolvimento sistemático do ordenamento jurídico, promovendo sua organização e propiciando maior segurança jurídica nas relações sociais que vieram, por fim, proporcionar maior sustentáculo à supremacia constitucional, mesmo que pela via formal.

Assim, podemos apontar a projeção da supremacia constitucional em duas direções: uma, em relação ao seu conteúdo (supremacia material) e, por outro lado, em relação à sua organicidade, procedimentos e competências (supremacia formal). É bom que se ressalte que, seguindo a linha desenvolvida neste trabalho, entendemos que mesmo a supremacia formal da constituição encontra fundamento na supremacia substancial de algumas de seus princípios – principalmente aqueles que se relacionam, mais intimamente com o valor segurança jurídica, mesmo que, sob um olhar positivista, alguns autores recusem a ideia de que o fundamento da superioridade material possa servir como alicerce da supremacia formal. Por essa razão, reiteramos, o desrespeito aos valores basilares da constituição, ou seja, aos seus valores materiais, representa a mais elevada ofensa que pode ser dirigida a um ordenamento jurídico⁸²⁹.

4.1.2. A Validade Constitucional como postulado essencial do Estado de Direito

teoria monista no âmbito do Direito Internacional, acreditando ser possível que houvesse regras jurídicas internacionais superiores às constituições estatais.

⁸²⁷ Em Kelsen, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 42-48, desenvolve forte argumentação no intuito de demonstrar que o juízo de valor não pode incidir sobre normas, além de desenvolver o conceito de validade em completa independência à ideia de justiça.

⁸²⁸ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 381-7-388, informando que esse é o conceito de “tópica” que já aparece no ‘Organon’, na Lógica de Aristóteles.

⁸²⁹ Parece compartilhar deste posicionamento MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora RT, 1980, p. 230, quando afirma que a violação de um princípio - por nós entendido como um valor normatizado – é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio afrontado, “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”.

O por muitos denominado princípio da supremacia constitucional, mas que preferimos reconhecer como postulado pelas razões que explicitaremos mais abaixo, é hoje quase unanimidade entre juristas e homens públicos dos Estados liberais que o enxergam como um elemento essencial do Estado de Direito⁸³⁰, e com crescente reconhecimento, em tempos de ascensão do paradigma neoconstitucional (daí a cada vez mais frequente utilização da expressão Estado Constitucional de Direito). Mesmo sendo a supremacia reconhecida principalmente nos países que adotam o sistema romano-germânico como modelo⁸³¹, é importante lembrar que seu desenvolvimento, sob a ótica jurídica, ocorreu nos Estados Unidos Nessa linha, pode-se afirmar que por meio de uma larga e refletida construção doutrinária e jurisprudencial⁸³² os americanos terminaram por estabelecer como ponto nevralgico de seu sistema jurídico o princípio da supremacia - em oposição ao princípio das maiorias, hegemônico na época por influência do sistema francês⁸³³ - exportando-o, posteriormente, para grande parte do mundo.

Embora a expressão “princípio da supremacia constitucional” seja consagrada para expressar o fenômeno que estabelece a constituição como a mais alta norma da hierarquia de sistema jurídico, preferimos qualificá-la como postulado, por se tratar de proposição não evidente, nem demonstrável, mas que se admite como princípio de um sistema dedutível, de uma operação lógica ou de um sistema de normas práticas. Ora, projetando-se esta supremacia hierárquico-constitucional por um caráter de absolutividade, afastamo-nos da ideia de “princípio”, que, por óbvio, não se coaduna com possíveis flexibilizações próprias de um dos sentidos mais consagrados para o termo, que é aquele definido por Alexy como mandados de otimização, que podem ser aplicados em graus diversos.

Conquanto o vocábulo “princípio” possa assumir outra significação que se coadune perfeitamente ao citado grau de absolutividade que pretendemos conceder à supremacia constitucional, a escolha por “postulado” visa tão somente evitar confusões conceituais, reforçando a ideia de inflexibilidade que se faz presente

⁸³⁰ Nesse sentido, HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Manole, 2005, p.59.

⁸³¹ Ver DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.120. Todos os países que adotam o sistema romano-germânico possuem constituição escrita e em cujas disposições reconhece-se um prestígio diferenciado, sendo que as normas constitucionais estariam no vértice do sistema.

⁸³² Cf. CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Tecnos: Madrid, 1999, v. I, p. 153.

⁸³³ Conforme MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 51, o constitucionalismo liberal não se firma em nome da garantia de constitucionalidade e a ideia que norteia o pensamento revolucionário é a supremacia das leis, concepção que não admite exceções.

em um sistema constitucional (ou neoconstitucional) que tem como um dos maiores propósitos filtrar o sistema jurídico, controlando a higidez das normas que nele adentram.

4.1.3. A raiz popular da supremacia constitucional

Na raiz da supremacia constitucional encontramos uma fonte de legitimação popular. A concepção democrática aponta para a visão de que a vontade popular, como fonte do poder político, ao se inter-relacionar de forma inquestionável com a teoria do poder constituinte⁸³⁴ - primeira manifestação de soberania -, traduz essa relação entre constituição e povo pluralisticamente considerado⁸³⁵. Nessa esteira, entendemos como inquestionável a ideia de que a legitimidade de quem exerce o poder constituinte (originário e derivado) necessariamente tem que margear a discussão sobre a titularidade deste, pois que a soberania popular, mesmo sendo vista como mera ficção por alguns doutrinadores⁸³⁶, tem um papel simbólico fundamental. Ademais, exerce-la um papel ampliado, não se manifestando somente por intermédio de seus representantes, mas também através de uma atuação cidadã crescente⁸³⁷.

⁸³⁴ Cf. CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel*. 20ª ed. Paris: Armand Colin, 2003, p. 30. Ainda, segundo o autor, a participação pode se revestir de três formas, que passamos a enumerar a partir da forma menos democrática até a mais democrática: a primeira, o povo simplesmente será convocado para se pronunciar por via de *referendum*; na segunda, elege uma Assembleia Constituinte, encarregando-a de escrever a Constituição; ou ainda, como uma terceira e mais democrática possibilidade, combina os dois procedimentos, elegendo uma Assembleia Constituinte para, posteriormente, pela via do *referendum*, aprovar ou não a nova carta.

⁸³⁵ Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.75-76 ao estabelecer que “só o povo real, - concebido como *comunidade aberta de sujeitos constituintes* que entre si “contratualizam”, “pactuam” e consentem o modo de governo da cidade –, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.” Também neste sentido, HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e a “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 37, quando afirma: “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional como: partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.”

⁸³⁶ Em GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism – from theory to Politics*. Princeton: Princeton University, 1998, opondo-se a ideia do “we the people” defendida por Ackerman, afirma que apesar da democracia americana, a soberania popular nos Estados Unidos é mera ficção. Em um exercício interpretativo, entendemos que o autor poderia se referir com este argumento à quase todos os países constitucionalizados, inclusive o Brasil.

⁸³⁷ Mesmo que tenhamos que levar em conta o argumento de RIVERO, Jean. *A modo de síntesis*. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 667, que afirma que a ideia de representação da vontade do cidadão pelo eleito tem progressivamente diminuído, na medida em que as leis cada vez mais técnicas e complexas, levam o cidadão a se conscientizar que estas não representam sua vontade. Ainda assim, entendemos que é essa tomada de consciência demonstra que a cidadania vem, cada vez mais, reconhecendo seu papel de titular do poder legislativo e, com maior razão, detentora do poder constituinte. Prova disso são os movimentos populares havidos nos países mulçumanos e mesmo recentes acontecimentos no Brasil, no qual o povo foi às ruas manifestar sua insatisfação com as classes governantes, tendo sido ouvidas algumas de suas reivindicações mais imediatas.

Todavia, porque há de se reconhecer que os constituintes possuem um papel de destaque na explicitação da vontade do povo, um possível distanciamento entre suas decisões e os anseios populares pode desqualificar, sob o ponto de vista da legitimidade, as escolhas feitas pela assembleia, pois que o poder constituinte, deve sempre derivar da vontade popular, sendo -, nunca é demais lembrar – da essência do instituto o reconhecimento do povo como titular desse poder. Essa questão que em uma primeira vista pode parecer já desgastada, pois amplamente reafirmada ao longo dos últimos dois séculos, vem aqui mais uma vez reiterada, posto que seu conteúdo projetante, por possuir imensa carga axiológica, vem sendo questionada pelas ondas pragmáticas, crescentes nos dias atuais.

Considerando tratar-se a soberania popular de uma construção teórica, parece-nos estarem aí presente alguns dos mais caros valores humanos reconhecidos pelo homem, como a liberdade e a justiça, citadas a mero título exemplificativo. Não pode assim, no papel de preposto, e como detentor de um poder corolário, possuir uma margem de discricionariedade em suas escolhas que justifique o aviltamento da vontade popular, embora a democracia “semidireta” brasileira tenha encontrado meios para subverter a concepção de soberania popular.⁸³⁸

Nesta via, afirmar que a soberania popular é mero convencionalismo, destituída de qualquer racionalidade prática, pode representar ampla concessão de espaço teórico àqueles que argumentam sofisticadamente⁸³⁹ como legítimo o exercício do poder por qualquer autoridade competente, independentemente do caráter simbólico com que a vontade popular blinda a ideia de supremacia constitucional. Por isso, entendemos haver suporte racional nos mais caros valores sociais e humanos para sustentar que o poder constituinte, por representar a soberania popular, via de regra, transmite à constituição por ele escrita um *plus* qualitativo, que legitima a sua supremacia sobre qualquer regra positiva do ordenamento jurídico.

⁸³⁸ Uma das aberrações, nesta linha, diz respeito ao que dispõe o Art. 3º da Lei nº 9.709 de 1998, que regulamenta o plebiscito e o referendo no Brasil, tidos como espécies de participação direta do povo no exercício de sua soberania, e assim dispõe: “Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do §3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei”. Ora, trata-se de previsão qual o poder soberano do representado é aviltado, necessitando da autorização do representante para sua manifestação de vontade.

⁸³⁹ O termo pode ser utilizado em sua literalidade se tomarmos como referência os sofistas Cálicles (ver PLATÃO. *Górgias*. In: *Diálogos. Protágoras- Górgias- Fedão*. 2ª ed. Belém: Editora Universitária UFPA, 2002, p. 190 *et. seq.* No diálogo Górgias Trasímaco citado em PLATÃO. *A República*. (Série Os Pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1997, Livro I, p.20, que defenderam, cada um a sua maneira, que a fundamentação da norma pode ser encontrada no interesse dos mais fortes.

O reconhecimento da supremacia constitucional, ainda que não imune a uma série de fenômenos que tendem a relativizar a força normativa da constituição⁸⁴⁰, é uma tendência no mundo moderno, e a própria configuração da constituição como norma jurídica segue inseparável de sua concepção de norma jurídica suprema⁸⁴¹, a *lex superior*. Há quem afirme que o primeiro pressuposto da constituição é a existência da função legisladora ou de criação de normas⁸⁴², o que por exercício lógico também nos auxilia no processo argumentativo em favor do reconhecimento da referida superioridade⁸⁴³.

O encaminhamento argumentativo até aqui seguido não quer sugerir que a vontade estabelecida pelo poder constituinte seja insuperável. A construção acima formulada, por ter natureza meramente teórica, e por esse motivo, contrafática, necessariamente deverá ajustar-se ao mundo da experiência, o que nos leva a crer que ainda que a constituição não possa vergar diante da vontade das maiorias legislativas, não pode fechar por completo olhos e ouvidos aos clamores da sociedade aberta⁸⁴⁴, sendo este, inclusive, nestes últimos tempos, ponto de algumas desavenças e discussões no âmbito do STF.⁸⁴⁵

Assim, é razoável supor que a vontade externada pelo poder constituinte possa vir a ser objeto de inevitável e permanente processo de avaliação a que se submete qualquer norma (neste caso por meio do poder constituinte derivado reformador ou mesmo pelo poder constituinte difuso)⁸⁴⁶ de forma que seus valores - independentemente da preservação de seus núcleos rígidos - estejam sempre em consonância com a realidade fática e cultural do meio social em que vige, e que, nesta direção, expresse-se sempre na sua forma mais contundente possível.

⁸⁴⁰ Ver OTERO, Paulo. *A Fragmentação da Constituição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de. (Coords.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 7-36.

⁸⁴¹ Conforme CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Tecnos: Madrid, 1999, v. I, p. 154.

⁸⁴² Cf. SIERRA, Gaspar Caballero; GIL, Marcela Anzola. *Teoria Constitucional*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1995, p. 4.

⁸⁴³ Em LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.10, o autor expressa de forma clara essa posição ao assinalar que se a lei fundamental pretendesse ser merecedora desse nome deveria ser capaz de gerar outras leis comuns originárias a partir dela própria, servindo aquelas como instrumentos de irradiação desta.

⁸⁴⁴ Nos termos em que HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e a "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 36 *et seq.* desenvolve para afirmar a democracia como pressuposto legitimador da constituição.

⁸⁴⁵ O ponto central dessa discussão, que ganhou enorme destaque midiático no ano de 2009, é sobre se a opinião popular pode ou não ser levada em conta no âmbito das decisões da Corte.

⁸⁴⁶ Em BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, págs. 130-136, o autor identifica alguns mecanismos de mutação constitucional: interpretação, atuação do legislador, por via de costumes constitucionais..

É de bom alvitre atentar que, apesar de tal processo ser normalmente conduzido por poder distinto daquele que exteriorizou a vontade originária, não está autorizado a qualquer poder de natureza não constituinte ultrapassar os limites literais demarcados pela carta máxima.⁸⁴⁷ Por isso, entende-se que a admissão de superioridade de qualquer ato em relação à constituição, acaba por conceder inexplicável liberdade para o reconhecimento de outras instâncias de poder, sem que consigamos reconhecer a qual norma deve-se respeitar, em um processo de pulverização do poder semelhante àquele experimentado na Baixa Idade Média⁸⁴⁸ e que a modernidade, aos poucos, foi dizimando, em busca de uma superação paradigmática em todos os níveis com o mundo medieval.

Essa pulverização ou fragmentação de fontes, que ainda é objeto de permanentes crises nos sistemas jurídicos, acarreta prejuízos não só à segurança do sistema, mas, principalmente, quando torna por demais complexa a análise do grau de legitimidade das normas jurídicas emanadas. Para nós, a relação entre o conceito de constituição e a ideia de supremacia hierárquica é de natureza necessária e absoluta para a perspectiva jurídica, sendo que a ausência dessa correlação coloca em risco a própria ideia de constituição⁸⁴⁹, em sua visão ontológica (constituição como aquilo que constitui).

Por último, faz-se relevante lembrar, porque já dito anteriormente, que o desrespeito aos valores basilares da constituição representam a mais grave ofensa que pode ser dirigida a um ordenamento jurídico. Seguindo o entendimento de Jorge

⁸⁴⁷ Neste sentido, recusamos de forma veemente a posição assumida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau quanto à possibilidade do STF reconhecer a possibilidade da mutação de texto sem intervenção do constituinte derivado (veja que não se trata de mutação normativa provinda de interpretação) já que na Reclamação 4335-5/AC (Relator Ministro Gilmar Mendes), ainda em trâmite no **Supremo Tribunal Federal – STF o Min. Eros Grau**, que, em voto-vista, acompanhando o **Min. Rel. Gilmar Mendes**, explicitou sua posição nos seguintes termos: "passamos em verdade de um texto [pelo qual] *compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, a outro texto: "compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo". **Em sede doutrinária, em MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. nº 162 abril/junho, pág. 162-165, quando o autor afirma que "...é possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico..."**.

⁸⁴⁸ Para ilustrar podemos lembrar que entre as muitas fontes de poder existia o direito emanado pela Igreja (Direito Canônico), o emanado pelo Rei (ainda que sem a exteriorização de poder de fato), o emanado pelos senhores feudais e até mesmo o direito estabelecido pelas corporações profissionais, sem que houvesse nenhuma regra organizatória que controlasse suas relações. Não é por outra razão que encontramos em Hobbes, dando o tom discursivo da modernidade, a ideia de centralização do poder como forma de garantir segurança.

⁸⁴⁹ Neste sentido, devemos atentar para a advertência constante em CARRINO, Agostino. *Sovranità e costituzione nella crisi dello Stato moderno*. Torino: Giappichelli, p. 25, onde, segundo o autor, a desordem se caracteriza pela indefinição do conceito de constituição.

Miranda⁸⁵⁰, afirmamos que sendo criada a necessidade de apontar qual violação é mais deletéria ao sistema, ou seja, se é aquela geradora de uma inconstitucionalidade material ou se é aquela geradora de uma inconstitucionalidade de natureza formal, não titubeamos em indigitar a primeira, em razão de compreendermos que a substância se sobrepõe à forma e que o direito não deve se prestar a ser mera técnica de resolução de conflitos, mas sob uma perspectiva ontológica, deve identificar-se com o justo⁸⁵¹. A questão da invalidade material em sede constitucional, não há dúvidas, é vício de altíssimo grau e de difícil ultrapassagem.

Em razão disto, afirmamos categoricamente que é nosso entendimento, que uma análise sob o plano abstrato, *prima facie*, à supremacia material da constituição deve ser concedida uma superior respeitabilidade àquela conferida à supremacia formal, pois a defesa da supremacia constitucional por si mesma não apresenta maior sentido; sendo que a constituição, como instrumento, vale pelo que representa. Essa visão não só fortalece a mentalidade e o espírito de justiça de um povo, como incentiva sua participação democrática nesta busca.

Feitas estas indispensáveis colocações acerca da supremacia constitucional como pressuposto do estudo acerca da validade constitucional, passamos a analisar esta última a partir de seus pressupostos teóricos.

4.2. A validade/invalidade no âmbito constitucional

A inconstitucionalidade como fenômeno de relação,⁸⁵² sob uma perspectiva histórica, vem sendo traçada como corolário de um progressivo reforço dos mecanismos de fiscalização dos atos normativos advindos do poder público. Se em um primeiro momento o constitucionalismo se confundia com o legalismo (e é nesse sentido que o constitucionalismo, como movimento liberal do Século XVIII, se separa do neoconstitucionalismo), essa perspectiva foi se alterando a medida que o reconhecimento da supremacia da constituição sobre as demais normas do sistema foi

⁸⁵⁰ Conforme MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, tomo VI, p.37-38.

⁸⁵¹ Corroborando com a tese GARCÍA, Manuel Calvo. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 225-226 quando o autor afirma a incorporação de direitos fundamentais e em geral dos valores éticos e jurídico-políticos básicos das comunidades estatais é razão de supremacia nas culturas jurídicas atuais.

⁸⁵² Em MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Editora Forense, 2005, pág. 473, o autor aponta que a constitucionalidade e a inconstitucionalidade estabelecem-se conceitualmente a partir de relação de conformidade, ou desconformidade, entre a Constituição e um comportamento por ela ditado. Para esse posicionamento, apresentaremos uma outra possibilidade onde a desconformidade não traduz uma relação inequívoca com a inconstitucionalidade.

sendo percebida, pela maioria dos sistemas jurídicos, como verdadeiro dogma do sistema, o que obriga que as normas de estatuta legal se coadunem ao o parâmetro estabelecido pelas normas constitucionais.

Assim, a questão que passa a ter relevância é a de saber como pode a constituição ser preservada de maneira tal que o sistema jurídico fique incólume aos ataques de normas com ele incompatível. Por esta razão evidencia-se a necessidade de se estabelecer um controle de constitucionalidade que identifique as normas “inconstitucionais”, a fim de impedir sua admissão ao sistema, ou mesmo de removê-la, na eventualidade de já ter naquele ingressado. Porém a supremacia constitucional necessita para seu reconhecimento da denominada rigidez constitucional, que ajuda a assegurar que os valores adotados pelo poder constituinte sejam respeitados.⁸⁵³ Neste sentido, há de se observar que podem ser objeto de controle de constitucionalidade os atos jurídicos de um dado sistema, em geral, ainda que nossos estudos tenham por objeto mais específico os atos jurídicos normativos primários.

A ciência dogmática contemporânea encontrou no conceito de norma um instrumento operacional importante para realizar sua tarefa analítica de identificar o direito “bom” e o direito “mau” (a não-norma não deve ser considerada direito por não fazer parte do ordenamento jurídico)⁸⁵⁴. Neste sentido, embora se considere a norma como um mandado, um imperativo⁸⁵⁵, como regra de conduta imposta, admitida ou reconhecida pelo ordenamento jurídico, concordamos com aqueles que, acrescentam à definição acima, que não podem as normas virem a ser consideradas construções arbitrárias, quando nelas plasmam-se grande parte das intuições e emoções morais dos membros de uma determinada comunidade.⁸⁵⁶ A arbitrariedade seria exatamente desrespeitar essas intuições e emoções morais absorvidas, também,

⁸⁵³ É a visão externada em CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 32-33, quando afirma da necessidade de permanente defesa da ordem constitucional.

⁸⁵⁴ Segundo BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 30-31, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo *direito*, em sua acepção comum, indica um sistema normativo, não um tipo de conduta. Assim, norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico. Nesta mesma via, encontramos VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002 p.11-12.

⁸⁵⁵ Conforme explica FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 115, a opinião que prevalece na doutrina dogmática é de que a norma jurídica é uma espécie de imperativo despsicologizado, ou seja, é um comando no qual não se identifica o comandante nem o comandado, o que dá a seus comandos os predicados de genéricos e universais, ainda que haja quem ache (concepção com que não concorda Ferraz Júnior) que, exatamente por esse motivo, percam elas esse caráter de comando.

⁸⁵⁶ FERNANDEZ, Atahualpa. *Direito, Norma e Interação Jurídica*. Disponível também em: <http://www.iced.org.br/artigos/direito_norma_interacao_atahualpa_fernandez.PDF>. Acesso em 06/03/2005.

na tradição. Daí se concluir pela obviedade de que a arbitrariedade é uma das mais contundentes explicitações da ilegitimidade.

Se for dever do controle identificar as normas jurídicas inconstitucionais, faz-se necessário que estabeleçamos uma ideia do que venha a ser esta. Assim, diria a doutrina em sua quase totalidade tratar-se de norma que esteja em desconformidade formal ou material com o parâmetro constitucional com a qual tenha sido comparada. Neste sentido, a missão precípua dos diversos tipos de controle de constitucionalidade a serem examinados mais adiante é a de afastar dos respectivos sistemas as normas em desconformidade ou incompatíveis⁸⁵⁷ com a carta constitucional que lhes sirva como referência.

Ao fenômeno da compatibilidade/ incompatibilidade das normas primárias com o sistema constitucional denominamos constitucionalidade/ inconstitucionalidade. O juízo de constitucionalidade, neste sentido, é o próprio juízo de pertencimento da norma ao sistema jurídico-constitucional⁸⁵⁸, a partir da relação binária validade/invalidade, da qual já fizemos referência anteriormente, entendendo não haver estágios intermediários entre uma e outra posições.

A existência de uma constituição normativa e estruturante confere à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos medida e forma. É na verdade, uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia, da qual se deduz o próprio Estado de Direito.⁸⁵⁹ O princípio da constitucionalidade, tal como era assumido no Estado Liberal, ao privilegiar uma conformação externa, era o que hoje poderíamos denominar princípio de constitucionalidade formal, pois que os atos do poder político do Estado deveriam respeitar a supremacia formal da constituição onde fundava sua existência e validade.

Posteriormente, com o gradual advento do Estado Social de Direito - e estamos nos referindo ao período que se segue a partir de meados do Século XX -, o

⁸⁵⁷ A maior parte da doutrina afirma que uma norma desconforme é incompatível com a constituição. No decorrer do Trabalho, mais precisamente no Capítulo V, o afastamento dos dois conceitos será fundamental para estabelecer o conceito de inconstitucionalidade que entendemos correto, bem como fundamentar a constitucionalidade de ato desconforme. De qualquer forma, é importante aclarar que a ausência desta discussão, no presente momento, não representa qualquer prejuízo ao encaminhamento a ser oferecido ao assunto a ser enfrentado em pauta, já que o conceito utilizado tem sido praticamente imune a críticas, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência.

⁸⁵⁸ Conforme MODUGNO, Franco. *Validità (Diritto Costituzionale)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1993, v. XLVI, pág. 44, que vieram a formar e a difundir por meio da experiência e comportamentos, grandes conquistas e grandes tragédias, até impor-se na cultura da nossa época e do nosso mundo.

⁸⁵⁹ Nesta linha, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág.. 245-245.

princípio da supremacia constitucional desdobra-se e passa a possuir uma vertente material, devendo o poder político respeitar não só um limite externo da constituição, como também o interno ou intrínseco, representado pela constituição material,⁸⁶⁰ passando a ter, então, uma dimensão essencial, e por isso mesmo, a nosso juízo, transcendente.

Do ângulo dogmático, a ideia que prepondera é a de que todas as normas internas ou externas que infrinjam dispositivos constitucionais – incluídos aí, os princípios nela consignados - padecem de constitucionalidade.⁸⁶¹ Ainda que não haja na Constituição brasileira, como existe na Carta portuguesa de 1976,⁸⁶² qualquer referência expressa a tal afirmativa, toda a inteligência do sistema direciona-se neste sentido⁸⁶³. Aliás, esta intuição é desta forma entendida, não só pela doutrina e pela jurisprudência, mas, principalmente, percebida pela consciência coletiva - e aqui nos atrelamos, em especial, à própria sociedade brasileira, que nos últimos tempos vem se interessando de forma bastante acentuada pelas posições tomadas pela Corte brasileira em temas fundamentais⁸⁶⁴.

Nessa via, considerando que a invalidade de norma jurídica, conforme anteriormente exposto, é aferida após um processo de ponderação, a partir das resultantes das validades específicas formal, social e axiológica, de onde se deve extrair da norma objeto da investigação, um juízo atributivo de validade ou de invalidade sistêmica ou genérica em relação ao parâmetro constitucional no qual ela busca seu fundamento de validade.

4.2.1. Constitucionalidade: a possível compatibilidade de norma desconforme

⁸⁶⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, 1988, p. 146-147.

⁸⁶¹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 30.

⁸⁶² Conforme artigo 277.1 que apresenta a seguinte redação: “são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.”

⁸⁶³ Segundo SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 48, o fundamento dessa inconstitucionalidade resultado da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica do país.

⁸⁶⁴ Entre alguns dos mais representativos julgamentos havidos recentemente e que ganharam imensa cobertura midiática, podemos citar: na ADI 3510 decidiu-se pela liberalização das pesquisas com células-tronco embrionárias realizadas no Brasil, já normatizadas na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05): na Pet 3388 (março de 2009), em que o STF declarou a constitucionalidade da demarcação das terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol, localizada em Roraima, em área contínua: ADPF 130 de abril de 2009, quando o Tribunal declarou, por maioria, que a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) era incompatível com a Constituição Federal de 1988: RE 511961 em junho de 2009, a Corte, por maioria dos votos, afirmou ser inconstitucional a exigência do diploma de jornalismo e registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalista, entendendo que a exigência fere a liberdade de imprensa e contraria o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos. Na ADI 4277 e na ADPF 132, em maio de 2011, reconheceu-se a união estável para casais do mesmo sexo.

Com base no princípio da supremacia constitucional e de acordo com o acima afirmado, o fenômeno que denominamos como inconstitucionalidade pode ser inferido, então, a partir da constatação de invalidade⁸⁶⁵ da norma infraconstitucional em face do parâmetro constitucional. No plano conceitual, é exatamente nesse sentido que se direciona a melhor doutrina, ao declarar que a inconstitucionalidade indica uma contradição entre norma legal e norma (regra ou princípio) constitucional⁸⁶⁶, em um contexto onde cada situação ou ato é analisado em função do juízo de valor vigente, o que acaba por determinar que para várias e sucessivas épocas, com seus diferentes valores, também vários e sucessivos juízos são formados.⁸⁶⁷

Assim, é a partir do exame da vinculação entre a constituição e um comportamento que com ela é (ou não) compatível, que se apura a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) de uma norma.⁸⁶⁸ Atente-se para o fato de que, ao ressaltarmos que a inconstitucionalidade nasce da incompatibilidade da norma, mas não necessariamente da ausência de conformidade desta com a constituição, deixamos claro que a posição assumida é a de que a desconformidade não obrigatoriamente desaguará na incompatibilidade (entendida esta como invalidade). À guisa de exemplo, no caso acima analisado, a mera desconformidade formal pode, conforme analisado no Capítulo anterior, tão simplesmente significar uma invalidade específica (de natureza lógico-formal), sem que isto signifique a invalidade sistêmica ou genérica, esta sim, determinante para definir sobre a compatibilidade ou incompatibilidade⁸⁶⁹ entre a norma aferida e a norma-parâmetro.

Assim, podemos identificar que aquilo que denominamos como inconstitucionalidade é a constatação pelo órgão estatal competente de ausência de

⁸⁶⁵ Ou, como denominamos anteriormente, “validade sistêmica”, que é aquela cujo juízo estabelece o reconhecimento da juridicidade.

⁸⁶⁶ Conforme, entre outros, TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 175, e MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, p. 175.

⁸⁶⁷ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo II, p.290.

⁸⁶⁸ Neste mesmo sentido, mas com uma capacidade sintética apurada RAMOS, Edival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.62, quando afirma que a inconstitucionalidade expressa relação de conformidade ou desconformidade entre a lei, como objeto, e a Constituição, como parâmetro da análise.

⁸⁶⁹ Questão que surge como inafastável é tentar estabelecer o significado do vocábulo “incompatibilidade”, pois que se definimos tal vocábulo como “o que não pode harmonizar-se; inconciliável, incompatível”, conforme consta em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, ainda como “o que não pode coexistir com outra coisa; inconciliável, incompatível”, conforme definição constante no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001, p.1596 isso nos obrigará a estabelecer parâmetros para definir o que não é harmonizável, conciliável, combinável, ou seja, aquilo que não pode coexistir com outra coisa. Nesta via, nosso posicionamento é de que a incompatibilidade relaciona-se ao conceito que denominamos como validade sistêmica ou genérica. Portanto, nomeamos como incompatível a norma irremediavelmente fadada a não produzir consequências no mundo jurídico.

compatibilidade entre a norma examinada e a constituição (norma parâmetro), o que não necessariamente significa que a mera desconformidade venha a gerar o fenômeno da invalidade sistêmica e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade, conforme pudemos analisar no Capítulo anterior.

Feitas tais considerações, passamos a analisar o fenômeno da inconstitucionalidade a partir de diferentes perspectivas tipológicas, com o propósito de externar com maior clareza o nosso entendimento quanto a possibilidade de se extrair da norma desconforme uma conclusão de compatibilidade (validade, então), dando ensejo, assim, à produção e reconhecimento de seus efeitos no mundo jurídico.

4.2.1.1. A inconstitucionalidade formal *lato senso* ou nomodinâmica

Sob uma perspectiva formal ou nomodinâmica⁸⁷⁰, o vício incide sob o ato normativo enquanto tal, não se relacionando o mencionado vício ao conteúdo material, pois que a forma de exteriorização é que está contaminada.⁸⁷¹ Assim, quando tratamos de uma inconstitucionalidade formal, observamos que há um desatendimento do modelo previsto para a elaboração da lei, pois que sua formação não atendeu ao procedimento previsto na própria constituição⁸⁷², ou seja, a inconstitucionalidade formal consiste na violação das regras constitucionais quanto à produção e revelação de um ato jurídico público⁸⁷³, independentemente de seu conteúdo, e tendo em conta tão somente sua forma de exteriorização⁸⁷⁴.

Embora existam movimentos doutrinários que já há algum tempo vêm procurando estabelecer espécies para o gênero inconstitucionalidade formal⁸⁷⁵, entendemos que na maior parte das situações em que se analisa o fenômeno, cabe

⁸⁷⁰ Denominação de influência kelseniana e encontrada em ARAÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Didal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, Pág. 24.

⁸⁷¹ Nessa direção, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 951.

⁸⁷² Segundo TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188.

⁸⁷³ Conforme MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, p. 147.

⁸⁷⁴ Conforme CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 951.

⁸⁷⁵ Já em BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1958, p.49, o autor aponta para duas perspectivas: uma subjetiva (orgânica) e outra objetiva, as demais. Em SAMPAIO, Nelson de Souza. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968, p.127, o autor aponta para três espécies: orgânica, temporal e formal em sentido estrito. Mais recentemente CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 951, que trata da inconstitucionalidade advinda de vício de procedimento com autonomia em relação àquela advinda de vício formal.

razão àqueles⁸⁷⁶ que, na esteira de Blanco Moraes, não enxergam uma razão convincente para decompor os defeitos de forma em espécies várias⁸⁷⁷ para reconhecer o vício formal. Entretanto, cada vez mais, a mais conceituada doutrina, em razão da necessidade de aprofundar o exame da matéria, vem particularizando as diversas facetas do fenômeno da inconstitucionalidade formal, o que torna necessário um breve esclarecimento sobre a matéria.

4.2.1.1.1. A tipologia da inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica

No que se refere ao vício formal ou nomodinâmico, embora os diversos autores tratem da matéria de forma diversa, de uma forma geral a doutrina brasileira distingue as inconstitucionalidades de natureza formal em três espécies claras: a inconstitucionalidade formal orgânica, a inconstitucionalidade formal propriamente dita e a inconstitucionalidade formal por violação a pressuposto objetivo do ato. Analisemos de forma sucinta cada uma delas.

A **inconstitucionalidade formal orgânica** é uma forma autônoma de vício formal, que ocorre quando um órgão, ao produzir um ato, viola regra constitucional de competência do ente federativo.⁸⁷⁸ Ou seja, vem a ser reconhecida quando se percebe a ausência de competência legislativa do ente federativo que elaborou o legislativo em exame. A título de exemplo, quando o ato é de competência legislativa da União, não cabe aos agentes legiferantes dos municípios ou dos Estados-membros a iniciativa para legislar sobre a referida matéria.⁸⁷⁹

A **inconstitucionalidade formal propriamente dita** decorre de ausência de observação aos ritos procedimentais exigidos pelo devido processo

⁸⁷⁶ É o caso, por exemplo, em BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 299-300; SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.48; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.30, entre outros.

⁸⁷⁷ Conforme afirmado em MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 149, sob os seguintes argumentos: o primeiro, que a deformidade formal se dará igualmente em qualquer uma dessas espécies, sendo possível agrupar tais vícios na mesma categoria dogmática; e em segundo lugar, “que a decomposição de variantes de vícios da mesma família em categorias apartadas, sobretudo quando não existe um forte fundamento material que o justifique, conforma um convite a pulverização inútil das deformidades geradoras de inconstitucionalidade e uma causa para sua difícil apreensão.” Todavia, o citado autor autonomiza a inconstitucionalidade por vício de competência do órgão emanador do ato normativo. É a chamada inconstitucionalidade orgânica.

⁸⁷⁸ Como MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, tomo VI, p. 31 e MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, p. 171.

⁸⁷⁹ O STF já tem vários precedentes que referendam esse tipo de inconstitucionalidade formal, dentre os quais, os que seguem: ADI nº 1595-MC/SP. Rel. Nélson Jobim, DJ 19/12/02, Pleno: maioria; ADI 1646, Rel. Min. Gilmar Mendes j. 02/08/2006, DJ de 07/12/2006.

legislativo, sendo que podemos subdividir este em duas espécies: **vício formal subjetivo** e **vício formal objetivo**. O primeiro é verificável na fase de iniciativa, quando esta não é provocada por agente competente para fazê-lo. Não se refere à competência do ente, mas do agente. Como exemplo, podemos citar o caso do §1º do artigo 61 da Constituição brasileira, que fixa competência de iniciativa em diversas matérias ao Presidente da República, sendo considerado, por via de consequência, vício de iniciativa (vício formal subjetivo) a iniciativa legislativa de qualquer outro agente público nestas matérias.

Ainda no âmbito da inconstitucionalidade formal propriamente dita, temos o segundo tipo de vício apontado, ou seja, **o vício formal objetivo**. Este ocorre quando qualquer um dos procedimentos formais estabelecidos pela constituição para a produção da norma, como, por exemplo, o respeito ao quórum (maioria simples, maioria absoluta, maioria qualificada) é verificado. Representa, então, um vício autonomizado, para especificar vício que se relaciona ao desatendimento do procedimento de formação dos atos normativos, em contraste com o juridicamente regulado.

Já a **inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos** do ato normativo é aquele em que elementos externos vinculam a produção do ato normativo pelo poder legislativo. Ou seja, a própria constituição aponta quais os pressupostos objetivos que devem ser respeitados pelos legisladores no processo de produção da norma. A doutrina portuguesa já desenvolvia tal argumento no sentido de considerar como inconstitucional o desrespeito a tal ato externo exigível⁸⁸⁰, no que foi seguida pela doutrina brasileira.⁸⁸¹ Hoje, a tese é pacífica no STF, que entende que desrespeito a pressuposto objetivamente expresso pelo texto constitucional viola a constitucionalidade da norma produzida.⁸⁸²

⁸⁸⁰ Referimo-nos a posição expressa em CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 1312, quando tratou do art. 229, 2º da Constituição portuguesa, que estabelece a audiência obrigatória pelos órgãos de soberania, dos órgãos do governo regional, quanto a questões relativas às regiões autônomas. A ausência de tais audiências configuraria, então, a irregularidade do ato.

⁸⁸¹ Conforme CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 41, com referência não apenas aos pressupostos de relevância e urgência para medidas provisórias previstas no artigo 62 da Constituição Federal, mas também no que se refere ao §3º do art. 18 da Carta Federal, que trata da criação de municípios por lei estadual.

⁸⁸² Em STF, Pleno, ADI 162 – MC/DF (DJU de 19/09/1997), ADI 1753 MC-DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence (16/04/1998), quando a Corte brasileira alegou que a flagrante inocorrência de urgência e relevância, pressupostos para edição de medida provisória, poderá conceder ao Judiciário o poder de adentrar na esfera discricionária do Presidente da República garantindo a supremacia constitucional. Também na ADI 2240, o tema voltou à baila com referência aos pressupostos exigidos pelo §3º do art. 18 da Carta Federal. Neste caso, declarou-se a inconstitucionalidade do ato questionado, mas não se declarou sua nulidade. Foi concedido efeito prospectivo por 24 meses à norma, sendo que,

O vício formal, em regra, atenta contra a norma como um todo, ao contrário do vício material que, em regra, somente contamina a norma defeituosa, podendo manter-se regularmente no sistema aquelas que não possuem a mácula que as desqualifique.⁸⁸³ Entretanto, é plenamente viável a existência de vícios formais que abranjam somente alguns dos dispositivos, ou mesmo somente normas extraíveis destes. É o caso de diplomas normativos que tratam no de matérias diversificadas, mas em que o agente legiferante possuía competência para tratar somente de parte das matérias, mas não de todas (vício formal subjetivo). Outra situação que aponta para um vício formal objetivo parcial é quando o ordinário, por exemplo, mas não para todas (que, por exemplo, exigiriam ser veiculadas por uma lei complementar).

De qualquer forma, o importante é que tem se entendido que a violação da constituição por transgressão a requisitos formais - sejam eles subjetivos (como a competência do órgão que o editou), ou objetivos (como respeito à forma, ou aos prazos, ou aos ritos) – determina, regra geral, a invalidade da norma e, conseqüentemente, sua inconstitucionalidade.

Entretanto, como já afirmamos acima, não é exatamente assim que são por nós entendidos os efeitos do vício formal. Quando este se configura, consideramos haver tão somente uma presunção de invalidade que pode ser elidida, à medida que se demonstre que as dimensões social e, principalmente, axiológica da validade possuem uma importância de tal ordem, que se justifique a violação dessa regra geral que, reiteramos, é de que a norma formalmente desconforme traz como consequência a invalidade sistêmica da norma subconstitucional, ou seja, o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.⁸⁸⁴

4.2.1.2. A inconstitucionalidade material

Na linha estudada no Capítulo 3, entendemos a inconstitucionalidade material - ou substancial - como colisão do conteúdo normativo de um ato jurídico-público com o conteúdo das normas (regras e princípios) constitucionais com o qual

posteriormente, a Emenda Constitucional nº 57/2008 convalidou a criação, não só deste município, como de outros criados de forma igualmente irregular.

⁸⁸³ É bem verdade, que há como se vislumbrar a hipótese em que a ausência da norma substancialmente contaminada pode, ou descaracterizar as demais, ou mesmo fazer com que o ato perca sua justificativa de existência. Nesse caso, até mesmo o vício de natureza substancial fulminaria não só a regra defeituosa, mas todas aquelas que a esta se ligariam de forma indissolúvel.

⁸⁸⁴ Neste sentido, entendemos como inconstitucionalidade o fenômeno jurídico que advém do que denominamos como invalidade sistêmica ou genérica.

aquele deveria se conformar.⁸⁸⁵ Cumpre lembrar, porém, que sendo o escopo deste trabalho tratar dos efeitos da inconstitucionalidade de atos normativos primários, ou seja, aqueles atos normativos formais que buscam seu fundamento existencial na própria constituição, limitaremos nossas intervenções nesta direção.

Assim, a inconstitucionalidade material da norma infraconstitucional, própria dos sistemas que adotam uma constituição rígida,⁸⁸⁶ se dará quando seus elementos substanciais tenham o condão de violar o sentido de um parâmetro constitucional substantivo, ou ainda, quando seu escopo não tem cabimento no fim que a constituição estabeleceu para tal norma. É, nesse sentido, controle racional de ordem argumentativo-pragmática⁸⁸⁷, impedindo, para descontentamento de muitos, que tenha um caráter puramente jurídico (no sentido kelseniano do termo), já que seu conteúdo funda-se sobre valores. Desta forma, a inconstitucionalidade material pode manifestar-se de várias maneiras, sendo que a primeira espécie a ser assinalada é a violação textual, considerada a menos frequente, talvez por configurar a mais evidente e grosseira forma de ofensa à constituição.⁸⁸⁸

Uma segunda espécie a ser observada trata da chamada violação implícita, que ocorre quando um determinado ato vulnera um parâmetro constitucional que, apesar de não se encontrar explícito, é subsumível (pela via interpretativa) pelo

⁸⁸⁵ Neste sentido, vale a pena citar Jorge Miranda em passagem sobre a constituição material: “Como hoje a Constituição material comporta (ou dir-se-ia comportar) qualquer conteúdo, torna-se possível tomá-la como cerne dos princípios materiais adaptados por cada Estado em cada fase de sua história, à luz da ideia de Direito, dos valores e das grandes opções políticas que nele dominem”. Em MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Editora Forense, 2005, p. 322.

⁸⁸⁶ Conforme TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189.

⁸⁸⁷ Nesse sentido, em BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 299, quando o autor afirma que o controle material de constitucionalidade é delicadíssimo tendo em vista o elevado teor de politicidade de que se reveste. Mesmo entendendo que efetivamente há espaço para uma influência de ordem política, pois a razão discursivo-pragmática acolhe este tipo de influência, consideramos que não se trata de uma decisão de caráter exclusivamente político, mas jurídico-político, pois o conteúdo da decisão não só não pode deixar de ser fortemente motivado, como esta decisão deve seguir parâmetros argumentativos que afaste qualquer dúvida quanto a possíveis arbitrariedades, conforme analisaremos de forma mais alargada quando tratarmos da legitimidade normativa..

⁸⁸⁸ Aqui bem cabe a afirmação constante em FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.116-117, quando o autor afirma que, quando o Poder Judiciário é chamado a se pronunciar sobre a validade de uma norma (e não somente texto de lei) deve verificar se houve, ou não, ofensa a alguma norma contida, expressa ou implicitamente, na Constituição. Neste caso, entendemos, na direção adotada pelo autor, que a declaração de inconstitucionalidade tem como referência a norma e não o dispositivo normativo, o que desencoraja a tentativa de, por intermédio de outro dispositivo, tentar o agente legiferante insistir na veiculação da norma inconstitucional. Entretanto, é importante ressaltar, que no Brasil o STF não entende como afrontosa tal situação, considerando - em homenagem ao princípio da separação de poderes - que caracterizaria invasão à competência do Poder Legislativo a extensão a este dos efeitos da coisa julgada, ainda que em sede de controle abstrato. De toda forma, entendemos inadmissível a desconsideração da *ratio decidendi* no processo de controle de constitucionalidade normativa.

sentido que decorre de uma norma constitucional⁸⁸⁹. Ou seja, o teor da norma impugnada viola a inteligência constitucional, extraída essa dos próprios princípios hermenêuticos que circunstanciam o processo de interpretação constitucional e que guardam especificidade em relação aos princípios hermenêuticos genéricos de normas jurídicas.⁸⁹⁰

Por último, pode também ser verificada a inconstitucionalidade material, quando a finalidade estabelecida pela norma infraconstitucional não se coaduna com o propósito a que visa à norma paramétrica constitucional.⁸⁹¹ É bem verdade, que para tanto, faz-se necessário a determinação do alcance teleológico das normas, de forma que se possa aferir se as mesmas compatibilizam-se, ou não. A constatação de discrepância aponta para a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, por não encontrar esta seu fundamento material de validade na norma superior (constituição). Neste sentido, é importante ressaltar a posição de Jorge Miranda, quando vislumbra que, no limite, sob certa perspectiva, pode-se até mesmo a inconstitucionalidade formal convolar-se em inconstitucionalidade material quando a própria forma é a garantia de direitos fundamentais.⁸⁹²

Ressalte-se que, conforme se tem deixado transparecer no decorrer deste trabalho, a superioridade da constituição tem na supremacia material ou substancial sua maior justificação, ainda que, uma análise mais percuciente do fato nos leve à conclusão de que mesmo a supremacia formal tem sua gênese em um dos mais caros valores materiais do direito, a segurança jurídica. Isso nos leva a deduzir que a supremacia, mesmo examinada sob uma perspectiva formal excede uma lógica de caráter dedutivista-formal, ancorando-se em larga escala em valores substanciais do mundo jurídico.

Por isso, é nosso entendimento que a invalidade específica ética (ou axiológica) naturalmente inviabiliza o reconhecimento da validade genérica ou

⁸⁸⁹ Neste sentido, em MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, pág. 143, quando o autor explica que em determinadas situações em que a violação material é deduzida a partir de uma análise a contrario sensu.

⁸⁹⁰ Parece entender nesta direção CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 226. Grande parte da doutrina constitucional brasileira utiliza como princípios específicos de interpretação o princípio da unidade da constituição, o princípio do efeito integrador, o princípio da máxima efetividade, o princípio da justeza ou da conformidade funcional, princípio da harmonização, ou concordância prática, princípio da força normativa, princípio da interpretação conforme à constituição.

⁸⁹¹ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, tomo VI, p. 40 et seq., MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, pág. 147.

⁸⁹² Conforme MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, tomo VI, pág. 40.

sistêmica (constitucionalidade), já que esta, mesmo considerando a possibilidade de produção de efeitos injustos (o que pode ser aceitável), sinaliza pra um juízo no qual os efeitos benéficos trazidos pela norma compensam efeitos deletérios que a mesma produziu no âmbito das vidas dos destinatários das normas, por um processo de justificação racional. Por outro lado, um juízo de invalidade sistêmica, ao contrário, aponta para uma conclusão na qual os efeitos nocivos superam os benefícios produzidos pela norma.

Importante assinalar que uma das formas em que uma situação como esta se torna evidente é por meio da percepção de um forte sentimento de repulsa do corpo social pela norma examinada, não aderindo internamente (psiquicamente) a esta. Em determinadas circunstâncias, o cumprimento da norma pelos destinatários pode não significar sua aceitabilidade, mas sim evidenciar o uso repressivo e autoritário da violência estatal. De qualquer forma, um juízo de validade ou invalidade axiológica em um Estado Constitucional de Direito só deve se confirmar por intermédio de detalhada motivação, segundo parâmetros de racionalidade em suas mais diversas vertentes.

4.2.2. A relação entre validade sistêmica e juízo de constitucionalidade

Pelo que foi acima exposto, é sempre adequado lembrar que a proposta de conceito adotada para “juízo de constitucionalidade” no presente trabalho difere das fórmulas usuais, mais tradicionalmente acatada pela doutrina e jurisprudência, que exigem conformidade formal e material da norma, objeto de exame com seu paradigma hierarquicamente superior, a constituição.

Como em nosso entendimento concluímos que a validade constitucional pode ser aferida seguindo a linha de autores como Miguel Reale, Robert Alexy, Sicaséns Siches, Gustavo Zagrebelsky⁸⁹³ que, recusando uma análise de perfil positivista (que abdica de adentrar na discussão sobre o valor da norma, ou mais especificamente, sobre seu conteúdo de justiça, resignando-se unicamente com uma abordagem superficial que se satisfaça com mera identidade da temática material),

⁸⁹³ Embora os outros sejam mais citados como tridimensionalistas, Zagrebelsky assume uma posição eminentemente nesta linha, quando afirma que *“La costituzione come prodotto dela cultura non è diritto positivo nel senso del positivismo giuridico; non è una teoria (soltanto) discrittiva e non è nemmeno una filosofia costituzionale . Al tempo stesso, però, sembra essere qualcosa di tutte e tre queste cose..”*. Conforme ZAGREBELSKY, Gustavo. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Nàpoles: Editoriale Scientifica, 2006, pág. 16.

entendem que a mesma deve ser analisada sob os diversos ângulos do fenômeno jurídico (jurídico, factual e ético).

Assim, do ponto de vista metodológico, ao repartir o objeto de análise da, por nós denominada, “validade sistêmica (ou genérica)”, o exame de cada uma das dimensões pode nos levar a conclusões parciais quanto às suas validades específicas, embora saibamos que essa divisão só se sustenta para fins teóricos. Isso porque a validade jurídica é um juízo conclusivo que afere a constitucionalidade da norma, ou seja, seu pertencimento ao sistema, enquanto a não aferição desta validade, só pode configurar a inconstitucionalidade da norma, ou seja, o reconhecimento de não pertencimento daquela norma primária ao quadro jurídico-constitucional.

Neste caso, como temos visto, duas são as possibilidades mais óbvias quanto à aferição da validade ou da invalidade genérica ou sistêmica: a) ou entendemos que para reconhecer a validade genérica ou sistêmica há a necessidade de que concluamos pelas validades específicas sob as três perspectivas – onde a verificação positiva de cada uma dessas (formal, social e ética) é indispensável para o reconhecimento da constitucionalidade da norma; ou b) entendemos que em certas circunstâncias concretas, quando observada a invalidade específica em alguma das dimensões da validade, necessário se faz submeter as mesmas a uma ponderação em que o resultado deve concluir ou pela validade (com o reconhecimento de que se trata de norma jurídica) ou pela invalidade sistêmica, ou seja, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade (com o reconhecimento de não juridicidade normativa).

Pelo que já foi possível deduzir, a validade sistêmica não é resultado de uma análise cartesiana ou aritmética, na qual as partes específicas somam-se para formar um todo imaculado. Se sob um olhar menos cuidadoso, essa seria uma solução perfeita, não parece, contudo, estar apta a traduzir teoricamente o alcance de situações concretas, de grande complexidade, que emergem de forma cada vez mais usual nos tempos presentes. Aliás, esta é uma das razões pelas quais as concepções positivistas entram em crise nos dias atuais, ou seja, pela sua incapacidade de se relacionar com as exigências das sociedades plurais.⁸⁹⁴

Assim, por entender que problemas complexos não comportam soluções não complexas, preferimos optar pela segunda tese que, apesar do seu

⁸⁹⁴ Na direção de ZAGREBELSKY, Gustavo. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Nàpoles: Editoriale Scientifica, 2006, pág. 32, quando afirma que “pluralismo e costituzione si implicano tra di loro.”

menor grau de objetividade na aferição da validade, parece estar mais capacitado a enfrentar situações alabirintadas, como os *hard cases*, e que tendem a ocorrer de forma cada vez mais constante no seio social, em razão da incentivada pluralidade a que se submetem as sociedades modernas ocidentais.⁸⁹⁵

A partir do acima exposto, compreendemos que constitucional é a norma sistêmica ou genericamente válida, assim considerada pelos órgãos do poder público com competência para dizê-lo. *A contrario senso*, portanto, entendemos que a norma inconstitucional é aquela que, após ter tido como objeto de análise suas validades específicas, tem sua invalidade sistêmica ou genérica reconhecida pelo poder público. Neste sentido, é importante que tenhamos em vista que a situação ordinária de constitucionalidade, sob nosso ângulo, dá-se, em regra, com a verificação das validades específicas em sua totalidade, ou seja, somente como constatação complementar das três espécies de validade.

Admitimos, porém, a quebra de tal regra para considerar a possibilidade de que constatada que uma das dimensões é inválida, pode-se ainda chegar a um juízo de constitucionalidade (validade sistêmica). Tal conclusão se funda no seguinte quadro: analisada a questão em sua totalidade, observados os argumentos que fundamentam cada um dos juízos parciais de validade/invalidade específica, realizada as ponderações cabíveis, e concluindo-se que a retirada da norma do sistema produz efeitos danosos a um nível que só o apego excessivo à forma poderia justificar sua retirada do sistema, é sim possível salvaguardar a validade sistêmica da norma, reconhecendo sua juridicidade e os possíveis efeitos legitimamente produzidos.

Por outro lado, o fenômeno da inconstitucionalidade, como consequência da apuração da invalidade sistêmica, gera efeitos inequivocamente sancionatórios às normas viciadas. É o que veremos a seguir.

4.2.3. A Nulidade como Tipo Sancionatório da Inconstitucionalidade

⁸⁹⁵ Estamos nos referindo à expressão “ocidental” em um sentido diverso daquele geográfico, e mais próximo a uma concepção filosófica de vida. Porém, como bem acentuado em OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, pags. 66-67 o pluralismo das modernas sociedades democráticas suscitam dois delicados problemas de limites: necessidade de limitar o relativismo axiológico e a tolerância aos intolerantes que visam, pela violência, destruir a tolerância própria de um Estado de Direito. Este segundo tema enfrentado em OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária - A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. Lisboa:Principia, 2000, pág. 268.

Uma das questões mais importantes acerca do estudo da validade é certamente a questão referente às consequências de atribuição de um juízo de validade/invalidade a uma norma jurídica, no caso em análise, normas jurídicas primárias, que buscam seu fundamento de validade na própria constituição. Como temos visto, a atribuição de um juízo de validade a uma norma concede ao poder público o direito de exigir uma atuação ou uma inatuação do destinatário, aplicando-se uma sanção, caso o comando seja desrespeitado.

A declaração de inconstitucionalidade pelo órgão estatal produz efeitos que desqualificam o ato normativo considerado incompatível com o sistema constitucional, retirando deste qualquer sentido de juridicidade e, conseqüentemente, de obrigatoriedade. Independentemente de haver posições doutrinárias diferenciadas quanto a possíveis efeitos a que o ato inconstitucional pode se sujeitar, a verdade é que o ordenamento jurídico brasileiro não define pela via positiva a qual efeito se sujeita o ato normativo inconstitucional, que neste capítulo tratamos como consequência de um juízo que o definiu como “sistemicamente inválido”.

Mesmo tendo sido a anulabilidade prevista pela legislação civil brasileira⁸⁹⁶ como um tipo sancionatório passível de ser aplicado aos atos normativos incompatíveis, quando assim reconhecidos pelo órgão estatal competente, a verdade é que o sistema jurídico brasileiro reconhece a nulidade como o tipo sancionatório por excelência, tendo valor declarativo, insuscetível de sanção ou convalidação⁸⁹⁷, por exprimir ausência de valia no sentido técnico-jurídico. Por esta razão, deixa-se de reconhecer quaisquer efeitos que, porventura, a norma tida como nula tenha produzido, já que ausente a força vital necessária para produzir os efeitos jurídicos desejados⁸⁹⁸.

Sob este entendimento, respeitado de forma quase absoluta pela doutrina brasileira até o final da década de 90, mais precisamente até o advento da Lei 9.868, publicada em 11 de novembro de 1999, entendia-se que o ato normativo declarado como inconstitucional seria considerado nulo *ipso jure* e a eficácia desta

⁸⁹⁶ Conforme art. 171 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

⁸⁹⁷ Conforme CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 943.

⁸⁹⁸ Com definição próxima, SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. III e IV, pág. 259. Conforme OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 1031, a nulidade configura um desvalor jurídico das formas de atuação administrativa violadoras da legalidade.

declaração seria *ex tunc*⁸⁹⁹, com evidente relação entre os conceitos de inconstitucionalidade e nulidade.

Todavia, o citado diploma normativo, em seu artigo 27, houve por quebrar essa regra, verdadeiro dogma republicano, quando asseverou que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Nesta linha, se por um lado, a) exteriorizou falha grave de natureza teórica que foi a de afirmar que a norma inconstitucional - inválida, portanto -, possuiria o condão de produzir efeitos no mundo jurídico, por outro lado, b) deu ensejo a que fundamentemos a sobrevida da norma desconforme no valor segurança jurídica ou no excepcional interesse social (novo e interessante instituto jurídico que adentrou no sistema jurídico brasileiro por intermédio do referido art. 27), o que, se de um ponto de vista estritamente lógico-jurídico parece ser inadequado, do ponto de vista pragmático (e o direito não pode perder de vista essa perspectiva) é uma exigência do mundo da vida.

4.2.3.1. Da impossibilidade de produção de efeitos pela norma inconstitucional

A questão fundamental que parece ter sido colocada e que nos parece afrontar diretamente a lógica das construções teórico-jurídicas é aquela que, segundo o dispositivo acima (o art. 27 da Lei 9.868/99), reconhece a possibilidade de que norma infraconstitucional inconstitucional, inválida portanto, mesmo não possuindo a necessária compatibilidade com o texto no qual deveria buscar seu fundamento de validade, em casos extraordinários, produz efeitos como se válida fosse.

A nosso juízo é um entendimento ilógico, que coloca em suspenso correlações conceituais fundamentais para o direito, como as de validade/efeito, invalidade/ausência de efeitos, validade/constitucionalidade,

⁸⁹⁹ Conforme CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 943, já a anulabilidade seria o tipo sancionatório ao ato normativo que viesse a apresentar alguns vícios ou desvios relativos aos requisitos de legalidade. Por isso, como consequência, não produziria efeitos *ipso jure* - mas apenas quando provocada por iniciativa dos sujeitos interessados em um certo limite temporal -, podendo ainda ser sanado, convalidado ou retificado.

invalidade/inconstitucionalidade. De observar, que ao possibilitar a mitigação dos naturais efeitos da declaração de inconstitucionalidade (nulidade), reconhece-se que a norma, mesmo fulminada pelo juízo de inconstitucionalidade que recebeu, têm por reconhecidos efeitos que, em regra, só poderiam ser assim considerados quando produzidos por normas “constitucionais” (válidas, portanto).

Na verdade, tal situação, criada pelo legislador, leva-nos a algumas possibilidades: a) ou admite-se ter havido uma atecnia legislativa; ou b) consideramos a possibilidade de que nosso sistema jurídico já admita produção de direito de fonte diversa da jurídica (com evidente reconhecimento da “desformalização” jurídica no Brasil), ou ainda, c) o legislador brasileiro aponta para um novo conceito de “validade” que não mais se coaduna com o aqui apresentado, sendo que esta não seria mais um atributo essencial do direito, deixando de exteriorizar o caráter de juridicidade das normas.

A primeira opção é a única que nos parece cabível, mesmo porque não aceitamos como possível que norma reconhecida como não-jurídica pelo próprio Estado possa autorizar sua atuação. Quando afirmamos que o ato normativo inválido não pode ter efeitos prorrogados, estamos querendo preservar a tecnicidade do instituto (baseado em um argumento de caráter fundamentalmente lógico), afirmando que o único efeito possível ao ato normativo declarado inconstitucional é o reconhecimento de sua nulidade, em toda a extensão do que venha isso significar. Reconhecer efeitos, nesse caso, é afirmar que o nada está habilitado a produzir algo.

Assim, é-nos mais razoável entender que a intenção do legislador, quando redigiu impropriamente o citado art. 27, era a de proporcionar uma sobrevida à norma infraconstitucional desconforme a qual, embora possuidora de irregularidades que, *prima facie*, lhe retirariam do sistema desde sua origem, mantém salvaguardado alguns de seus efeitos, reconhecendo sua imprescindibilidade para a própria ordem jurídica como um todo. Nesse caso, o legislador elegeu a segurança jurídica e o excepcional interesse social como as razões de fundamentação para tal medida.⁹⁰⁰

⁹⁰⁰ Percebe-se que o conceito de excepcional interesse social ainda é um indeterminado. É trazido pela doutrina e pela jurisprudência de forma muito ampla e na maioria dos casos sem muita valoração e que dependeria da análise de cada caso concreto para sua aplicação. No ADI 3601/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 09.09.2010, pág. 8 e 9, o Ministro Relator conceitua o excepcional interesse social como aquele que deve unir-se com qualquer outro princípio constitucional. O Min. Gilmar Mendes na MC 189/SP, (Rel. Min Gilmar Mendes, 09.06.2004, pág. 33), ao referir-se a segurança jurídica e ao excepcional interesse social, “*Segurança jurídica parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito (...). Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.*”

4.2.3.2. A possibilidade de reconhecimento dos efeitos de norma desconforme

Se por um lado, recusamos a premissa de que ao ato inconstitucional – ato inválido, portanto - possa produzir efeitos jurídicos, por outro lado, não afastamos a possibilidade de que o ato normativo subconstitucional em desconformidade, mas não incompatível com a constituição, possua o condão de originar tais efeitos. E se a produção de efeitos é reconhecida pelo direito, entendemos que não se trata unicamente pela existência de base legal, mas porque se admite que os valores que a sustentam estão a garantir suporte suficientemente forte para compensar os vícios nela identificados.

Cabe ressaltar, que mesmo antes do surgimento da Lei 9.868/99, o Supremo já reconheceu a possibilidade de prorrogar efeitos de norma desconforme⁹⁰¹, salvaguardando-os com base, principalmente, no princípio da segurança jurídica. Ora, se em um tempo de prevalência metodológica positivista foi possível construir uma teorização que privilegiou um dos valores constitucionais mais relevantes de forma a superar um dogma sistêmico, por muito maior razão, podemos fazê-lo em tempos neoconstitucionais, aonde a principiologia jurídica ganha importância transcendente. Aliás, é o que se faz nos dias de hoje, sem a necessidade de alambicadas construções hermenêuticas para justificar a possibilidade do STF de estender a modulação de efeitos das normas desconformes às decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade.⁹⁰²

Relevante lembrar, que a Constituição não tratou expressamente em seu próprio corpo sobre suas técnicas de controle, sendo que estas estão estruturadas por meio de normas legais, construções jurisprudenciais e na própria tradição. Aliás, são grandes as modificações que as técnicas de controle de constitucionalidade vêm sofrendo no Brasil, conforme veremos mais adiante (mais especificamente no Capítulo 6), e as mesmas são decorrentes da própria necessidade do sistema de conceder soluções complexas a um corpo social igualmente (e crescentemente) complexo.

⁹⁰¹ Mesmo antes da Lei 9.868/99 o STF já havia admitido por via difusa o temperamento do natural efeito da declaração de inconstitucionalidade. Na RE 78.533/SP-1981, absteve-se de declarar a nulidade do ato em homenagem à teoria da aparência, para proteção de terceiros de boa-fé. Também há o precedente referente ao RE 122.202, sob a relatoria do Ministro Francisco Rezek, que em decisão proferida em 1994, concedeu efeito *ex nunc* à decisão que declarava inconstitucional lei que concedera aumento a funcionários públicos.

⁹⁰² Lembrando que as Leis 9.868/99 e 9.882/99 apenas ensejaram a possibilidade de modular efeitos em sede de controle concentrado, mas a o STF tem considerado que a própria jurisprudência da casa daria sustentação para estender essa possibilidade também para o controle difuso. O STF já se manifestou favorável à modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade nos seguintes julgados RE 197.917; RE 266.994; HC 82.959; RE 401.953; RE 556.664; RE 559.882; RE 560.626. No campo doutrinário não parece haver oposição a esta posição.

Por isso, não há de se considerar possibilidade de produção de efeitos por ato inconstitucional, mas sim a produção dos efeitos por ato que possuía suporte jurídico (ou seja, por autorização constitucional, constitucional, portanto) para, naquele momento, reconhecer a produção dos efeitos jurídicos. Havendo qualquer solução diversa da declaração de nulidade ao ato desconforme, o que se pode concluir é que houve constitucionalidade enquanto houve produção de efeitos. Isso nos leva a uma discussão que, embora deva ser travada de forma contextualizada ao caso brasileiro, encontra na doutrina alemã algumas de suas raízes e inspiração e que não pode deixar de ser abordada.

A possibilidade de reconhecer efeitos na norma desconforme está presente desde a origem dos sistemas típicos de controle de constitucionalidade desenvolvidos no continente, mais precisamente a partir do modelo austríaco, estabelecido por Kelsen, conforme veremos no Capítulo 6. Porém, não se pode negar que esforços grandiosos nessa direção têm sido desenvolvidos na Alemanha, de quem, inequivocamente, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional tem buscado algumas soluções, umas muito boas, outras, para nos utilizarmos de um eufemismo, nem tanto, já que inadequadas à tradição brasileira.

Assim, a Corte Constitucional alemã desenvolveu algumas técnicas de decisão que se tornaram clássicas tais como a “interpretação conforme a constituição” (*Verfassungskonforme Auslegung*), bem como o “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*) e também a declaração da inconstitucionalidade da lei sem declarar a sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). Sobre tais técnicas falaremos um pouco mais afrente.

O sistema brasileiro já há tempos vem usando a técnica da “interpretação conforme a constituição”⁹⁰³, e também a declaração de inconstitucionalidade da lei sem declaração de sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), quando o artigo 27 da Lei 9.868/99, a nosso juízo, indevidamente, pelos motivos já fartamente acima expostos, reconhece a possibilidade de produção de efeitos por norma inválida.

⁹⁰³ A técnica da interpretação conforme a constituição é utilizada pela Suprema Corte brasileira desde a vigência da Constituição de 1969, tendo como marco a Rep. 1417-7/DF, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, de 09.12.1987, relacionado a Universidades e estabelecimentos oficiais de nível superior. Mais recentemente caso emblemático foi a ADPF 54 QO/DF, da relatoria do Min. Marco Aurélio, mas com especial ênfase ao voto do Min. Carlos Ayres Britto. Nesta ADPF por 8 votos a 2, o STF decidiu não ser crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos.

No entanto, o instituto que mais nos parece ter potencial de contribuir com o nosso sistema é o do “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*), quando a Corte reconhece que a lei ou a situação jurídica não se tornou ainda inconstitucional, exortando o legislador a que proceda – às vezes dentro de um determinado prazo – a correção ou a adequação dessa “situação ainda inconstitucional”.⁹⁰⁴ Embora seja a técnica menos comentada pela doutrina pátria (que sempre pareceu temer possíveis abusos ao seu uso) e também a menos adotada pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos que a mesma pode se adequar à realidade brasileira, sem que cause contradição no âmbito da definição conceitual do que seja “validade”⁹⁰⁵ e, mais, colaborando para um maior equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário no âmbito de legitimidade de suas atuações.

Ao final do capítulo presente, voltaremos à temática de forma a podermos fazer algumas comparações com o que aqui se propõe em termos doutrinários e a forma como os institutos *Verfarssungskonforme Auslegung*, *Unvereinbarkeitserklärung*, *Appellentscheidung*, são tratados na Alemanha, de maneira a podermos estabelecer as proximidades e os distanciamentos. Por hora, a fim de que possamos chegar a este referido ponto, faz-se imprescindível que desenvolvamos algumas das balizas da validade sistêmica, nos termos que a mesma vem sendo tratada no presente trabalho.

4.2.3.2.1. O reconhecimento dos efeitos normativos a partir da validação sistêmica de norma desconforme

Porém, se considerarmos que estamos no âmbito de uma concepção neoconstitucional o melhor é que consideremos que a inteligência do sistema está habilitada a prorrogar efeito da norma desconforme com base na própria transcendência dos valores que acompanham aquela determinada norma. Não queremos mitigar a importância do artigo 27 da Lei 9.868/99 (ou, por óbvio, do art. 11 da Lei 9.882/99), pois ele não apenas reforça a tese sobre a possibilidade de se

⁹⁰⁴ BverfGE 7, 282; 16, 130; 21,12 (42); 25, 167.

⁹⁰⁵ A contradição que me refiro é o fato de não parecer adequada a convivência lógica em um mesmo sistema de duas técnicas diversas acerca do que venha a ser a invalidade como as acima referenciadas, “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*) e a declaração de inconstitucionalidade da lei sem declaração de sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*).

conceder efeitos a normas desconformes, como auxilia no próprio processo de determinação das regras formais para que esta situação possa ser reconhecida.⁹⁰⁶

Todavia, embora ciente de algumas indiscutíveis virtudes do art. 27 (sem esquecer sua grave falha de redação), possível decisão do Tribunal com uso da técnica de validação pela sistematicidade daria visibilidade ao defeito contido na norma, de forma que, apesar do juízo de compatibilidade que se extrairia desta, saber-se-ia que a mesma necessitaria de uma intervenção por parte do legislador. Com isso seria concedida a este a oportunidade de corrigir possível vício apontado pelo Poder Judiciário. Essa nos é uma tese cara, mas a enfrentaremos no Capítulo 7.

4.2.3.2.1.1. A declaração da inconstitucionalidade sistêmica como regra

Um primeiro ponto que deve ser apontado é que a ausência de forma é, realmente um vício que, em regra, deve acarretar a invalidade da norma desconforme. Embora defendamos a supremacia material da Constituição, o certo é que a forma traz consigo a ideia de publicidade e segurança, princípios caros ao direito. Neste sentido, só seria razoável ignorar a necessidade de respeito à forma se os valores constantes na norma possuírem peso tal que justifique a declaração de constitucionalidade, apesar da irregularidade. Como veremos mais adiante, não se pode deixar de considerar que a legitimidade da norma é um desses valores transcendentais que podem inverter esse juízo de inconstitucionalidade para um de constitucionalidade, conforme teremos a oportunidade de analisar mais adiante.

No caso de não serem estes valores suficientes, situação ordinária é a declaração de inconstitucionalidade, com a produção dos naturais efeitos *ex tunc* e, como decorrência natural, sem que seja ressalvado qualquer efeito eventualmente produzido pela norma inconstitucional. Nesse caso, a norma desconforme deve ser considerada inválida, pois incompatível com os parâmetros constitucionais e, portanto, inconstitucional.

4.2.3.2.1.2. A determinação do momento de inversão da constitucionalidade para a inconstitucionalidade

⁹⁰⁶ É o caso da necessidade de pronunciamento favorável por parte de 2/3 dos Ministros do STF, para que seja dada à norma desconforme, a prorrogação dos efeitos em detrimento da regra geral que é o reconhecimento da nulidade do ato.

Como vimos repetindo reiteradas vezes, a decisão é de constitucionalidade. Todavia, apesar de ser essa constitucionalidade admitida pelos méritos valorativos da norma (ou seja, nenhum favor lhe é concedido), possui a mesma irregularidades que devem ser sanadas para a manutenção da higidez sistêmica. Neste caso, concede-se uma sobrevida à norma por um tempo determinado, de forma que os efeitos produzidos por esta reforcem a ideia de segurança e justiça a que deve se submeter todo sistema jurídico.

A extensão temporal do juízo de constitucionalidade deve se adequar, então, aos parâmetros de segurança e justiça que se quis preservar quando se julgou a constitucionalidade da lei, bem como levar em consideração o processo de balanceamento que se dá entre o peso dos valores que dão sustentáculo a essa decisão de constitucionalidade e o peso dos valores que sustentam o seu ocaso, em razão da irregularidade identificada.

Neste sentido, devemos considerar que há a necessidade de se ponderar valores, com base no postulado da proporcionalidade. Aludindo às possibilidades estabelecidas pela Lei 9.868/99, as quais fizemos referência há pouco, também aqui se vislumbram três possibilidades possíveis para determinação do momento de trânsito da constitucionalidade para a inconstitucionalidade e que abrangem todo o espectro temporal necessário para os fins que desejamos: a) na primeira possibilidade, a desconstitucionalização dá-se a partir da decisão; b) na segunda, a desconstitucionalização dá-se em um momento qualquer após o nascimento da norma, mas antes do momento da declaração de inconstitucionalidade da mesma; c) na terceira, estabelece-se a permanência da norma constitucional desconforme no sistema, produzindo seus naturais efeitos, todavia, em um processo de desconstitucionalização progressiva até sua morte, em um momento estabelecido pelo julgador no ato de declaração de sua validade sistêmica.⁹⁰⁷

A nossa visão sobre o tema nos aproxima da ideia de que seja plenamente possível utilizar um processo racional, de maneira a diminuir ao máximo a interferência arbitrária do decisor. É bem verdade, que como tentamos apresentar no

⁹⁰⁷ Como é de se concluir, a norma permanece no tempo estabelecido pelo decisor, se antes não for revogada ou mesmo suprido o vício que lhe dá a condição de desconforme, pelo legislador ordinário. Neste último caso, como é natural supor, ela permanecerá no sistema até que o legislador a revogue por razões de oportunidade e conveniência. Sobre a possibilidade de conceder poder discricionário ao decisor de determinar o momento em que, no futuro ocorrerá a transição, seria aconselhável que, utilizando-nos da experiência austríaca, demarcássemos um período máximo para que norma em desconformidade passe da constitucionalidade para a inconstitucionalidade, se não regularizada pelo legislador, a fim de que a mesma não permaneça reconhecidamente irregular *ad eternum* no sistema.

primeiro Capítulo, com a passagem do tempo alteram-se as condições fático-sociais e mentais e por isso, também os valores⁹⁰⁸ que servem como justificativa para um possível juízo de validade ou invalidade da norma.

A melhor forma de explicitarmos as diversas variáveis a essa ideia é enfrentando cada um dos três casos acima indigitados, nos quais a constitucionalidade é reconhecida em razão da validade sistêmica, mas, por motivo, deu-se ciência ao público em geral e ao legislador em específico, sobre a existência de irregularidade na norma.

4.2.3.2.1.2.1. A determinação da constitucionalidade até o exato momento da decisão

Uma decisão desta espécie corresponderia a uma decisão de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, o que dizer que o legislador considerou que a norma possuía elementos valorativos para se manter como constitucional no sistema, até aquele momento, ou seja, o momento em que decide.⁹⁰⁹ Assim, após ser submetida a um processo de ponderação, verificou-se que os valores que foram determinantes para a apreciação da norma como constitucional não poderiam prevalecer a partir daquele momento.

Uma constatação desta natureza pode nos levar a uma decisão declaratória de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, uma decisão constitutiva de inconstitucionalidade. Ou seja, é uma conjugação binária em que se reconhece os efeitos produzidos pela norma porque “constitucional”, mas rejeita-se qualquer possibilidade de reconhecimento de efeitos produzidos pela norma em momento

⁹⁰⁸ Cabe lembrar que no início do presente Capítulo, em várias oportunidades chegamos a comentar da inter-relação que existe entre fato, valor e norma, de forma que alterações em uma das dimensões acaba por estabelecer mudança nas demais. Trata-se, portanto, de um processo dinâmico.

⁹⁰⁹ Algumas decisões que bem apontam para a modulação dos naturais efeitos podem ser bem exemplificadas nos casos abaixo: ADI 3615/PB, Rel. Min. Ellen Gracie, 30.8.2006 (ADI-3615), dispõe sobre a impugnação do Art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba, que alterava limites territoriais do Município de Conde, no Estado da Paraíba, sem preceder prévia consulta plebiscitária. Para a Corte, ofendeu-se o Art. 18 §4º, da CF. Justificou a aplicação dos efeitos *ex nunc*, em face da adoção do rito do Art. 12 da Lei nº 9.868/99, porque, na espécie, a norma hostilizada permanecera em vigor por dezesseis anos, período em que diversas situações jurídicas foram consolidadas. No ADI 4009/SC, Rel. Min. Eros Grau, 04.2.2009 (ADI-4009), questionou-se os dispositivos legais que tratavam sobre a equiparação salarial de policiais civis e militares ao de delegado. Alguns dos preceitos atacados estavam em vigência desde 1992, logo, entendeu-se que aplicando efeitos *ex tunc* resultariam em prejuízos e insegurança jurídica, contudo a Corte decidiu que a decisão teria eficácia *ex nunc* a partir da publicação do acórdão. Já no HC 82.959/SP, o STF declarou *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do Art. 2º da Lei nº 8.072/90 que vedava a progressão de regime para crimes hediondos. O Tribunal decidiu que a inconstitucionalidade do dispositivo não geraria direito à indenização (quanto a responsabilidade civil do Estado, referente a erro judicial ou prisão excessiva), logo, sua eficácia seria *ex nunc*.

posterior à decisão, porque, a partir daí, já estaria no limbo jurídico. Uma situação desta natureza parece ser a mais comum dentre todas as três espécies que teremos a oportunidade de analisar. Não por outro motivo, muitos países adotam uma sentença constitutiva de constitucionalidade como regra geral para o sistema de controle de constitucionalidade.⁹¹⁰

A questão que pode servir como linha para o desenvolvimento de nossa tese é a de saber que motivos levam a que uma norma que é considerada constitucional em razão de seus inequívocos valores, no momento seguinte deixa de ser. Aprofundando a questão: por que motivos os valores que sustentaram a constitucionalidade de uma determinada norma até aquele minuto, deixam de fazê-lo no momento seguinte? A esta questão, podemos afirmar em tentativa de resposta que se a segurança jurídica – imaginando que havia um vício de natureza formal na mencionada norma –, por um lado, pendia com forte peso para a retirada da norma do sistema, por outro lado, ela mesma apresentava argumentos para a permanência da norma sob exame, em respeito às relações já formadas e fundadas na boa-fé e na confiança.

Afora isso, outros valores como justiça, equidade, entre outros que asseguram direitos fundamentais aos destinatários das normas, poderiam ser atropelados pela necessidade de se respeitar a forma ritualística. Em muitas situações, como vimos, não é essa uma solução razoável e proporcional, pois como vimos acima, nestas circunstâncias, é natural haver um conflito entre segurança jurídica (para atacar a permanência da norma) e segurança jurídica (para defender a permanência da norma). Daí entendermos que a ponderação no âmbito da segurança jurídica é fator fundamental para que se chegue a um juízo acerca do momento em que há a transição da constitucionalidade para a inconstitucionalidade.

Isso porque, a partir do momento em que a norma tem seu juízo formado, no qual a impureza que exterioriza a desconformidade é localizada, parece-nos que este fato, em si, altera a pesagem dos valores, principalmente no que se refere à referida segurança jurídica. Ora, se havia motivos para se afirmar que o destinatário da norma possuía razões para considerar injusta a decisão que determinasse como o momento da transição aquele em que se deu o nascimento da norma, não nos parece que possa assim ser considerado a partir da decisão.

⁹¹⁰ A visão kelseniana relativa à eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade vê esta inconstitucionalidade nascendo com a respectiva decisão de controle. Em CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 255, o autor afirma que esta visão não é incompatível com a Teoria Discursiva habermasiana.

Assim, se podemos alegar ter havido uma afronta à natural confiança que os destinatários depositam no poder público quando este emana suas normas; se é razoável entender, em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, que a norma impugnada possuiu plena vigência e eficácia, sendo as ações decorrentes da sua disciplina cobertas com o manto protetor da boa-fé, até o momento da decisão, não nos parece correto afirmar que as expectativas e confiança do destinatário da norma fossem as mesmas a partir da decisão.

Ora, a fruição de direitos a partir de norma declarada inconstitucional, em regra, não deve receber o benefício da presunção de boa-fé por aquele que se beneficiou de norma contaminada. Nem tem o direito de alegar a confiança na norma emanada pelo Estado, se o próprio Estado já deu seu veredicto de invalidade do ato normativo.

Assim, se a norma tinha sua constitucionalidade fundamentada em uma concepção globalizante dos valores constitucionais, a partir da manifestação do órgão decisor, alguns dos valores que antes pendiam para a manutenção do reconhecimento de constitucionalidade dissiparam-se, de forma a não haver outra solução que não a de reconhecer que a decisão que constata o defeito altera a pesagem a favor da proclamação da invalidade, e por este motivo, da inconstitucionalidade.

Todavia, não se reconhece a inconstitucionalidade e se preserva efeitos, como ocorre com a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. O que fica evidenciado, é que os efeitos reconhecidos são de uma norma “constitucional”, porque só ela pode produzir efeitos. As alterações fáticas e, principalmente, valorativas ocorridas é que acabaram por espraiar seus efeitos no âmbito jurídico modificando *status* da norma em pauta, transferindo-se esta da situação de constitucionalidade para a de inconstitucionalidade.

4.2.3.2.1.2.2. A constitucionalidade até um momento anterior à decisão

Também é uma possibilidade que se reconheça a inconstitucionalidade da norma em um momento qualquer entre o seu nascimento e um momento qualquer anterior à decisão que estabelece sua validade sistêmica. Os motivos muito se assemelham aos acima estabelecidos, ou seja, a mudança de algo no mundo fático que, por consequência, altere os critérios valorativos, transportando a norma

anteriormente constitucional em razão de seus superiores valores, para uma situação global de desvalor, que certamente não mais justificaria sua permanência em estado de constitucionalidade.

Todavia, se na hipótese anterior, mais comum, a própria decisão é fato primordial para alteração das razões que levam à inversão do juízo, aqui há um fato anterior a esta decisão que, por si só, modifica a pesagem dos valores tornando impensável a permanência da norma em estado de constitucionalidade. A título de exemplo, imaginemos que uma determinada gratificação pecuniária semestral é concedida por vários anos (quatro anos, por exemplo) a servidores públicos, até que se descobre que a regra legal que permitiu tal benefício foi concedida por agente público sem competência para fazê-lo. Neste caso, se entendêssemos que os valores que suportaram a ideia de constitucionalidade são maiores do que aqueles que dão subsídios para que a norma seja desvalorada, teríamos que entender que as gratificações pagas foram realizadas em estado de constitucionalidade da regra.

Porém, entende-se em uma segunda avaliação que não há fundamentos valorativos para a permanência da regra desconforme no sistema, de forma que se pode proclamar sua inconstitucionalidade. Ora, se o último pagamento foi realizado a três meses da decisão, importa entender que se consideramos o momento do trânsito da constitucionalidade para a inconstitucionalidade somente a partir da decisão que estabelece a validade sistêmica, poderíamos dar margens para que o servidor pleiteasse o pagamento proporcional da gratificação entre o período do último pagamento e a data da decisão. Neste caso, mais adequado seria apontar como data da transição, o dia seguinte àquele em que se completou o período aquisitivo para recebimento do último pagamento.

Outra situação que pode nos servir como guia para melhor exemplificar esta hipótese é aquela em que a mídia apresenta fatos inequívocos que demonstram a clara irregularidade no âmbito de produção de uma determinada norma. Só após a divulgação midiática de forma massiva é que o órgão decisor é provocado para avaliar a norma, concluindo pela sua irregularidade formal. Neste caso, não se pode afirmar que a confiança do destinatário da norma, eventual receptor de benefício estabelecido pela norma impugnada, manteve-se intacto, mesmo após a ampla divulgação pelos meios de comunicação. Dependendo de outros fatores envolvidos, seria este um caso em que poderíamos entender que a transição, feitas as devidas ponderações, estaria situada em momento relacionado à divulgação ampla pela mídia.

4.2.3.2.1.2.3. A decisão ainda constitucional em rumo à inconstitucionalidade

A decisão que define a norma como sistemicamente válida e entende que a mesma ainda possui os valores que a sustentam para permanecer produzindo efeitos no mundo jurídico, apesar de sua desconformidade, é a última espécie da tipologia apresentada e apesar de ser ainda pouco utilizada pela Corte.⁹¹¹ Entendemos ser esta uma das técnicas que mais podem auxiliar no processo de reequilíbrio de força entre os Poderes Legislativo e Judiciário, diminuindo a tensão existente no âmbito da discussão acerca da legitimidade (democracia x racionalidade jurídica) que envolve o processo de avaliação da higidez constitucional das normas do sistema jurídico. Porém, a análise quanto à questão da legitimidade que envolve esta decisão trataremos no Capítulo 7.

Por hora, vale dizer que, neste caso, a decisão que define (após realizada a avaliação por intermédio do postulado da proporcionalidade) qual o destino a ser dado à norma, estabelece não apenas que deva ser a mesma considerada sistemicamente válida, como também implica que a mesma, ainda que reconhecidamente irregular, deve permanecer no sistema com *status* de constitucional, pois ainda não ultrapassou a fronteira da inconstitucionalidade, já que o defeito não é suficientemente forte para descaracterizar a importância de sua manutenção no sistema.

Assim, o vácuo normativo ou mesmo ou um possível retorno da norma revogada pelo fenômeno da repristinação⁹¹² conferem ao sistema uma mitigação do estado de irradiação dos valores constitucionais em relação ao mesmo sistema com a presença da norma desconforme. Ou seja, mais se respeita e concretiza a Norma Maior com a presença da norma que contém a irregularidade, do que quando a mesma se faz ausente.

Todavia, cabe que estabeleçamos algumas diferenciações entre a norma constitucional desconforme, e a norma constitucional que se encontra em perfeita conformidade com os parâmetros constitucionais. Nestas, a vigência deve se

⁹¹¹ São poucos os exemplos de efeito prospectivo *pro futuro*: ADI 113215 RN 2008.011321-5 (TJ-RN). Relator: Juiz Cícero Macedo- (convocado) - 04/08/2010 e RE 600885 ED/RS, Relatora. Min. Cármen Lúcia, 29.6.2012.

⁹¹² O fenômeno da repristinação não se coaduna com a técnica da validação por sistematicidade, pois ao se reconhecer a validade da norma, e sua constitucionalidade, por consequência, infere-se que possível revogação deu-se em condições regulares. O reconhecimento de inconstitucionalidade superveniente não descaracteriza que a norma revogadora era, ao tempo da revogação, apta a fazê-lo.

prolongar por tempo indefinido, somente saindo se retirando do sistema, ou por revogação, ou até mesmo por inconstitucionalidade superveniente em função de alteração do parâmetro constitucional que lhe dava suporte (por via de emenda à constituição), ou ainda em razão do fenômeno da mutação constitucional. É o caso de qualquer norma que vigore no ordenamento constitucional sem máculas.

Já com a norma desconforme sistemicamente válida, por mais que entendamos que a mesma possui valores que são de grande importância para o sistema jurídico a ponto de o mesmo estar mais valorado com sua presença irregular do que com sua ausência, consideramos que o passar do tempo dá-se o aumento das nódoas que acompanham a norma desconforme, até que em um determinado momento a mesma ultrapassa a fronteira da constitucionalidade e entra no território da inconstitucionalidade.⁹¹³

A utilização do recurso da validade sistêmica para que a norma permaneça no estado de constitucionalidade, produzindo efeitos mesmo após a decisão que identificou a desconformidade, deve ser imediatamente comunicada ao Poder com competência para corrigi-la - na quase totalidade das vezes, o Poder Legislativo. Como iremos analisar mais adiante, trata-se de uma homenagem à legitimidade do legislador ordinário que permanecerá com a prerrogativa de manter prevalecente a simbólica vontade da soberania popular.

4.2.3.2.2. Proximidades e distanciamentos com as técnicas de decisão utilizadas pelo *Bundesverfassungsgericht*

Retornando a um ponto aberto no item 4.2.3.2 (A possibilidade de reconhecimento dos efeitos de norma desconforme), oportunidade em que abordamos sobre a assunção, pelo sistema jurídico brasileiro, de algumas das técnicas de decisão utilizadas pela Corte alemã, e que dizem respeito, fundamentalmente, ao *Verfassungskonforme Auslegung*, *Unvereinbarkeitserklärung*, *Appellentscheidung*, faz-se importante, agora, que estabeleçamos algumas breves comparações a fim de estabelecer os principais pontos de proximidade e distanciamento entre a técnica da validação e essas técnicas desenvolvidas pelo *Bundesverfassungsgericht*, na

⁹¹³ A própria publicidade do ato já deixa explícita ao público em geral, sua desconformidade com a Constituição, o que acaba por, aos poucos, minar o alicerce valorativo que lhe permitiu a permanência no ordenamento jurídico em estado de constitucionalidade.

Alemanha. Começamos com *Verfassungskonforme Auslegung*, a nossa “interpretação conforme a constituição”.

4.2.3.2.2.1. A Interpretação Conforme a Constituição (a *Verfassungskonforme Auslegung*): alguns pontos.

Embora os dois institutos guardem entre si algumas semelhanças, na verdade, acabam por se distanciar em seus propósitos. A fim de possibilitar algumas relações, traremos à baila, primeiro, questões que farão com que nos ambientemos ao panorama que vem sendo discutido no âmbito da interpretação conforme a constituição, como técnica de decisão operada pela jurisdição constitucional.

Trata-se de uma técnica de decisão e atua na interpretação de dispositivos normativos infraconstitucionais que contam com mais de uma interpretação possível. Procura, quando possível, resguardar ao menos uma dessas interpretações, de forma a evitar a declaração de inconstitucionalidade, em homenagem não apenas ao princípio da presunção de constitucionalidade, mas também ao princípio democrático, de forma a demonstrar respeito à vontade soberana popular⁹¹⁴, manifestada indiretamente pelo legislador.

Os posicionamentos a respeito do instituto são largos e atingem um variado espectro, mas algumas questões se mostram importantes de serem avaliadas. Para Jorge Miranda, entre os sentidos configuráveis no dispositivo normativo infraconstitucional, deve ser acolhido aquele que lhe seja conforme, ou mais conforme, sendo que, no limite, por um princípio de economia jurídica deve-se buscar um sentido que se coadune em maior grau com o princípio da razoabilidade e com um mínimo de correspondência verbal na letra da lei.⁹¹⁵

Também se aproxima desta posição, Rui Medeiros, ao considerar inadmissível que uma interpretação *stricto sensu* conforme a constituição, embora compatível com a literalidade do dispositivo normativo, contrarie a intenção claramente reconhecível do legislador ou o sentido inequívoco da lei.⁹¹⁶ Acrescenta, ainda que tal

⁹¹⁴ Estamos afastando um outro sentido dado ao termo, conforme é lembrado por TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, 81, no qual se quereria dizer com interpretação conforme à constituição, que não pode haver uma interpretação constitucional de acordo com a lei, invertendo a lógica natural defendida pelo constitucionalismo.

⁹¹⁵ Em MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, tomo VI, p.73.

⁹¹⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 311.

categoria interpretativa deverá se apoiar mais fortemente na interpretação sistemático-teleológica do Direito, e menos em uma possível presunção de constitucionalidade do ato normativo⁹¹⁷, em intervenção que parece-nos bastante lúcida.

Todavia, não deixa de ser instigante a observação de Lenio Streck, quando se opôs a Gomes Canotilho, por ter este se posicionado no sentido de que a alteração do conteúdo da lei por intermédio da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juízes em legisladores, em clara afronta a um princípio democrático. Por essa razão não haveria espaços para que fosse essa interpretação além dos sentidos que a letra da lei ou o texto tivesse expressado. Aliás, esta parece ser também, a posição assumida por Jorge Miranda, conforme acima exposto, e também a de Rui Medeiros, que afirma que a interpretação conforme a constituição só pode ter lugar quando a (precisa) vontade do legislador não pode ser reconhecida.⁹¹⁸

Contra esse posicionamento Lênio Streck, alicerça-se na ontologia fundamental de raiz heideggeriana-gadameriana a fim de estabelecer o alcance da interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*)⁹¹⁹ em uma perspectiva histórica e mutante. Afirma que não é desarrazoado entender que os tribunais constitucionais, ao lançarem mão destes mecanismos devam elaborar verdadeiras redefinições no sentido do texto infraconstitucional, de forma a adaptá-lo ao conteúdo material da Constituição. Por essa linha, fugir-se-ia de uma tentativa de reprodução do sentido contido na norma, tarefa comum à hermenêutica clássica, e iniciar-se-ia uma produção do sentido, tarefa de uma nova hermenêutica, a que o autor denomina como Nova Crítica do Direito.

A necessidade de manter coerência com o que até agora foi falado faz com que não possamos abraçar a tese de viés existencialista heideggeriano em uma dimensão que chamaríamos de “forte”. Por mais instigante que seja imaginar uma hermenêutica radical, que oferece incríveis ferramentas para superação de posicionamentos, parece-nos excessiva quando se afasta da crença na potência racional, de se extrair do texto conteúdo que, em grande parte ali se encontra. Ainda

⁹¹⁷ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 295- 296, quando o autor assim afirma: “na tarefa de interpretação de toda e qualquer norma infraconstitucional, material ou procedimental, não constitui um corpo estranho na metodologia jurídica, apresentando-se como simples concretização da interpretação sistemático-teleológica.”

⁹¹⁸ Em MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 311.

⁹¹⁹ Segundo STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 448-455. Segundo o autor, uma boa terminologia seria *Verfassungskonforme Sinngesbung* que quereria significaria algo próximo de “atribuição de sentido conforme à constituição”.

que entendamos que a norma deva ser interpretada de forma a conceder maior integridade moral ao sistema jurídico, não entendemos que nessa busca possamos inclusive ultrapassá-lo⁹²⁰, conforme já tivemos a oportunidade de externar na oportunidade em que se tratou da mutação constitucional de texto .

Mesmo que tenhamos superado a fase da inocência de uma racionalidade clássica na qual se cultivava a crença de que o trabalho hermenêutico se daria em torno da possibilidade de extração de um conteúdo verdadeiro e inequívoco da norma, que seria sua essência escondida no interior do dispositivo, em uma posição que poderíamos qualificar de ontologista, ainda assim, resta-nos a confiança (ou mesmo crença) de que o texto nos direciona para um caminho que guarda clara relação com uma vontade perceptível, ainda que “reconstruível” de forma permanente, em função da dinamicidade dos tempos históricos que chegam, conforme foi abordado no Capítulo I e é defendido por algumas das posições neoconstitucionais (estabelecidas no Capítulo 2) com as quais nos identificamos.

Por isso, discordando da posição que não existe correspondência entre texto e norma⁹²¹, preferimos caminhar na direção de o que o texto e seu conteúdo devem guardar íntima relação no campo semântico, já que a norma surge no processo de concretização de seu texto, que por sua vez somente se revela na sua normatização⁹²². Por isso, consideramos que o princípio democrático e a segurança jurídica são mais resguardados se houver a preservação do papel do legislador, como representante das maiorias, como agente essencial no processo legislativo, embora não se possa afastar, por impossível que é, que os juízes venha a auxiliá-los em um processo de coordenação e cooperação feito a quatro mãos.

⁹²⁰ Em SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo*. In: MAIA, Antônio Cavalcanti; et al. (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 484, o autor relembra que Dworkin concebe que em uma ideia tradicional de interpretação sistemática se restringe ao conhecimento do texto ou da norma, há um princípio da integridade que informa a atividade de criação judicial de direito de caráter reconstrutivo.

⁹²¹ Como afirmado por DE PAGE, Henri. *De interpretation des lois*. Bruxelas: Swinne, 1978, pág. 72, quando informa que todo enunciado jurídico, em tese, é plurinormativo porque sua linguagem é naturalmente aberta e não existe correspondência entre texto e norma, como evidenciam as viragens de jurisprudência e as mutações normativas, via das quais, a partir de um mesmo texto vão sendo extraídos significados distintos. É bem verdade, na direção do que afirma LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1978, págs. 354-355, um texto jurídico não se pode interpretar senão relacionando-o com os problemas jurídicos concretos – reais ou imaginários.

⁹²² Em HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988, v. I, pág. 110. Reforçando essa visão, em STRECK, Lenio. *A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate do positivismo v. (neo) constitucionalismo*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio M. Barreto. (Orgs.). *Diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 300, quando afirma que “a distinção entre palavras do texto e do conteúdo normativo não pode levar uma negação da relação entre ambas as coisas, até porque uma só é o que é enquanto o é para a outra.”

Há de se ter cuidado, no entanto, para que não se caia na armadilha de uma radicalidade hermenêutica, criando-se uma aristocracia judicial de inspiração platônica onde os sábios (juízes, principalmente os das cortes constitucionais) nos trariam um novo “mundo das ideias”. A vertente neoconstitucional defendida neste trabalho e que entendemos adequar-se à realidade do sistema jurídico brasileiro, embora compreenda que o trabalho realizado entre legislador e decisor, em uma verdadeira democracia constitucional deva ser conjunto, realizado a quatro mãos, não tolera a mitigação excessiva do papel do legislador, em razão do simbolismo que isso transporta.

Feitos esses esclarecimentos, no que se refere à interpretação conforme, o juízo que se faz a respeito desta técnica é de imensa importância para o sistema, exatamente por conciliar a) a defesa do Estado democrático, b) a segurança jurídica e c) e o postulado de supremacia constitucional. O primeiro ponto, por caracterizar o respeito à vontade do legislador, democrática e legitimamente eleito, para manifestar a vontade do povo – mesmo que esse se caracterize pela vontade majoritária. A segunda, por evitar a sempre traumática decisão de inconstitucionalidade de dispositivo normativo jurídico, por todos os prejuízos que a mesma acarreta às pessoas que constituíram direito em face da lei e nela crendo, bem como colocando em questão à competência do próprio Estado em emanar regras confiáveis. Por último, e retornando ao começo, vale a pena ainda, mais uma vez, ressaltar a preservação do postulado da supremacia constitucional quando, afirmando-se a validade do preceito normativo, evita-se que regras declaradas inconstitucionais mantenham-se produzindo efeitos no universo jurídico. Afora isso, a própria técnica é, por si só, uma indicação de que a constituição tem *status* hierárquico maior do que as demais regras já que devem estas se conformar ao parâmetro constitucional estabelecido.

4.2.3.2.2.1.1. Pontos de contato entre a validade sistêmica e a interpretação conforme

Preliminarmente, chamamos à atenção para alguns pontos que podem, desde logo, sugerir alguma confusão quando afirmamos proximidade entre o que estamos estabelecendo como validade sistêmica (possibilidade de se extrair um juízo de validade a partir de norma desconforme) e uma “interpretação conforme a

constituição”, nos termos em que esta técnica foi tratada no Capítulo 2. Apresentemos tais questões.

Um primeiro ponto, parece ser o fato de que a conformidade buscada pela técnica da “interpretação conforme”, tanto quanto o que chamamos de “validade sistêmica” buscam, fundamentalmente, aquilo que estamos chamando de “compatibilidade constitucional”, ou seja, um juízo de constitucionalidade que necessite, de forma ainda mais contundente, alicerçar sua normatividade na ideia de supremacia da constituição, enfatizando a hierarquia do Texto Maior.

Como segundo ponto, lembramos que ambas as técnicas acabam por enfatizar o princípio democrático, valorizando o trabalho do legislador e o simbolismo que este representa: à vontade (ainda que mediata) da população em sua manifestação presente. Há nessa via, uma tentativa de coadunação entre a vontade majoritária com a vontade soberana atemporal do povo, estendendo ao máximo essa vontade de expressão da maioria, sem deixar de respeitar as limitações impostas pelo constituinte que tem o papel de exteriorizar, não somente as vontades circunstanciais da maioria, mas a vontade perene de todos.

Um terceiro ponto, também acima referenciado, e que aproxima ao menos quanto ao ponto de vista teleológico, diz respeito à busca pela salvaguarda da constitucionalidade em detrimento de técnicas como a da restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que ressalva efeitos, mas condena a norma, mesmo que possua esta, sob um ponto de vista global, uma conexão material de grande escala com a do Texto Maior. Neste sentido, ambas as técnicas reverenciam a supremacia da Constituição (como no primeiro caso), rejeitando a possibilidade de que norma infraconstitucional, mesmo que circunstancialmente, afaste a eficácia jurídica de norma constitucional.

4.2.3.2.2.1.2. A autonomização das técnicas

Apesar de guardarem semelhanças, não podem, porém, serem as técnicas em comento confundidas. Há nelas algumas características que faz com que tenhamos que classificá-las em categorias distintas, e isso é facilmente observável.

A primeira característica que, provavelmente, é o ponto que mais pronunciadamente se destaca para autonomizá-las está na possível relevância que

possui o caráter formal como objeto de análise. Para a interpretação conforme, o caráter material é a única referência para fins de análise, já que a busca por uma conformidade de natureza material entre a Constituição e a lei *sub examen* parte do pressuposto de que a conformidade formal já foi verificada. Neste caso, sem a devida adequação formal, o dispositivo normativo seria considerado inconstitucional, dispensando-se a necessidade de se estabelecer análises valorativas do texto subconstitucional, o que evidencia o caráter formalista que ainda filtra algumas das mais influentes posições assumidas pelo sistema pátrio, no ato de controle constitucional.

No caso da validade sistêmica, a análise normativa procura efetuar análise de todas as dimensões (axiológica, sociológica e formal), sendo que mesmo um possível vício formal não encontra argumento para, de pronto, sem maior aprofundamento analítico, afastar a norma de um possível juízo de validade. *Prima facie*, esse juízo é apenas presumível, mas pode ser afastado se comprovado que os valores que dão suporte à ideia de permanência da norma (podendo ser até o princípio da segurança jurídica em sua vertente material.) são mais consistentes que a própria ideia de segurança jurídica (em uma perspectiva formal), explicitando assim, que a norma, sob um ponto de vista sistêmico pode ser plenamente compatível com o parâmetro constitucional, embora deva procurar corrigir a falha que a contamina.

Parece-nos, assim, que o processo vivenciado pela interpretação conforme teria uma semelhança muito grande com aquele em que se realiza a análise sob a perspectiva axiológica da norma. Em ambos os casos, o que se busca é saber se há uma justificação material para a permanência da norma no sistema. No caso da interpretação conforme a decisão pela constitucionalidade representa dizer que, ao menos sob uma perspectiva interpretativa, a norma pode ser considerada em conformidade em relação ao parâmetro que lhe sustenta. Na utilização da técnica de apuração da validade sistêmica, a tentativa é no sentido de se apurar se os valores que fundamentam a norma podem suprir a desconformidade formal, ou mesmo, conforme vimos, no limite, a ausência de eficácia social, entendida esta como ausência até mesmo de um mínimo de adesão do grupo social à norma, conforme já analisado anteriormente no Capítulo 3.

Uma análise mais aguda nos fará concluir que a busca pela validade sistêmica sempre comportará um momento de utilização da técnica da interpretação conforme. Este momento se dá quando a validade axiológica da norma está sendo avaliada e, por via de consequência, avaliada em sua dimensão valorativa, sob as

diversas perspectivas interpretativas que a mesma acomoda. É bem verdade que não se trata de uma exceção, pois, qualquer juízo que apure a validade de dispositivo normativo infraconstitucional deve buscar prioritariamente uma interpretação conforme a Constituição, porém no caso da técnica da validade sistêmica essa superioridade material deve ser buscada em maior grau, pois não basta apenas justificar uma regra sem vícios formais (que é o caso da interpretação conforme), mas compensar a inadequação formal por meio de uma argumentação que comprove a imprescindibilidade de sua manutenção no sistema (e o reconhecimento de seus naturais efeitos) por força de suas virtudes axiológicas.

4.2.3.2.2.2. A declaração parcial de nulidade sem redução de texto e seu caráter complementar

A declaração parcial de nulidade sem redução de texto, ou de caráter restritivo, ou ainda, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é aquela que expressa uma exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo, sem que se produza alteração expressa no texto legal. Ou seja, quando o texto normativo possui ao menos uma interpretação compatível com a inteligência constitucional, ainda assim é possível que algumas das interpretações possíveis não esteja em conformidade com tal inteligência, devendo essas interpretações (normas) serem declaradas inconstitucionais.

Há, nessa linha, quem afirme que um determinado ato normativo pode ser válido em relação a certo número de casos e pessoas e inválido em relação a outros.⁹²³ Como é visível, neste caso a norma impugnada continua vigendo na forma originária, mas o Tribunal restringe ou limita a sua aplicação, não permitindo que ela incida nas situações determinadas, porque nestas, especificamente, elas são consideradas inconstitucionais.⁹²⁴

Assim, no processo em que se procura a validade sistêmica, no caso de ocorrência de dispositivo normativo com várias possibilidades interpretativas - e, portanto, com diversas possibilidades diferenciadas de aplicação -, e que se configure tanto a validade para alguma(s) interpretação(ões), como a invalidade sistêmica para

⁹²³ Conforme BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 128.

⁹²⁴ Conforme VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 128. Segundo TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 231, neste caso a nulidade parcial é qualitativa “em oposição à quantitativa, que declara a nulidade de um parágrafo, artigo, etc...”

outra(s), o Supremo Tribunal Federal deve utilizar-se da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para aquelas que não se coadunarem com o parâmetro constitucional material, como técnica complementar à da técnica da validade sistêmica, pois nestes casos, não há fundamento axiológico para suportar todas as possibilidades normativas que o dispositivo oferece, mas apenas algumas, ou mesmo somente uma. Mesmo porque, estamos a falar, como é de se supor, de validade normativa (ou seja, relacionando biunivocamente cada interpretação a uma específica norma) e não de validade textual, já que o texto apenas instrumentaliza as possibilidades normativas.

4.2.3.2.3. A Inevitável Comparação com o *Appellentscheidung* alemão

Não há dúvidas que a existência de técnicas como *Appellentscheidung*⁹²⁵ alemão é fator de inspiração para novas reflexões quanto à necessidade de se repensar os parâmetros de controle da constitucionalidade das leis, inclusive no sentido de retificar alguns desvios de rota cometidos pelo sistema jurídico brasileiro, com o advento da Lei 9.868/99. É bem verdade que o *Appellentscheidung* não exterioriza um conceito unívoco na doutrina alemã, podendo estabelecer tanto uma decisão que reconheça situação tida como ainda constitucional, anunciando a eventual conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita em uma situação de completa inconstitucionalidade⁹²⁶, quanto para apontar para as decisões do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar sua nulidade.⁹²⁷

Esta segunda forma conceitual, muito semelhante ao

⁹²⁵ O instituto teria surgido em 1954 sobre o Estatuto do Sarre (*Saarstatut*), quando o *Bundesverfassungsgericht* teria formulado a teoria da aproximação, que recomenda que o Tribunal abstenha-se de pronunciar a inconstitucionalidade quando se reconhece estar o legislador empreendendo esforços para superar, gradualmente o estado de inconstitucionalidade. Porém, a expressão *Appellentscheidung* foi utilizada pela primeira vez somente em 1970 pela juíza da Corte Constitucional, Rupp v. Brünneck, quando defendeu a pronúncia, em alguns casos, da sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias. Em MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Alemã*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1>>, págs. 481-482. Acesso em 17/12/2013.

⁹²⁶ Conforme IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen, der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelak*, Baden: Nomos, 1980, pág. 132.

⁹²⁷ Na linha do que é informado em SCHEFOLD, Dian; LESKE, Klaus-Rüdiger. *Hochschul vorschaltgesetz: verfassungswidrig aber nicht nichtig*, NJW 1973, págs. 1297-1299.

Unvereinbarkeitserklärung é aquela que recusamos por considerar a possibilidade de que norma inconstitucional produza efeitos⁹²⁸, embora seja aquela aceita no Brasil, inclusive citada em vários acórdãos brasileiros⁹²⁹, em razão da semelhança que possui com a técnica apontada pelo art. 27 da Lei 9.868/99. Neste sentido, já esclarecemos que quando tratamos do *Appellentscheidung*, referimo-nos ao primeiro dos sentidos citados, que aponta para um estado decadente de constitucionalidade, mas ainda no âmbito da constitucionalidade.

Nesta rota, que consideramos muito importante para alguns dos juízos conclusivos a que chegaremos neste trabalho, entendemos que o desenvolvimento de técnica que torne inteligível a possibilidade de que norma desconforme possua um juízo de constitucionalidade parece estar em sintonia com as necessidades de progresso da dogmática jurídica, que necessita de visões arejadas para produzir soluções complexas, de forma a superar as dificuldades cada vez mais intrincadas e enoveladas que surgem no dia-a-dia. Porém, a fim de estabelecer maior clareza quanto às fronteiras a serem respeitadas pela técnica de validação pela sistematicidade, passamos a demonstrar algumas das diferenças inequívocas entre esta e o *Appellentscheidung*.

A utilização pela Corte alemã do “apelo ao legislador”, como técnica na qual o vício não deve ainda ser declarado inconstitucional por falta de evidência de ofensa constitucional, tem por objetivo enfraquecer a configuração de inconstitucionalidade, colocando em dúvida a existência de elementos caracterizadores de colisão normativa.⁹³⁰ Assim, não se poderia afirmar com certeza se o legislador estaria em condições de identificar a inconstitucionalidade da norma, já que modificações lentas na esfera fática levariam a norma gradualmente de um juízo de constitucionalidade para um juízo de inconstitucionalidade, ou a omissão absoluta de inconstitucionalidade.⁹³¹ Depreende-se a existência de dúvida, razão pela qual,

⁹²⁸ De atentar, então, que a doutrina alemã aceita uma tese que repudiamos: a possibilidade de norma “in-constitucional”, ou seja, norma em contrariedade à Constituição alemã, ter seus efeitos reconhecidos, não atrelando a invalidade à nulidade. Para nós, a inconstitucionalidade é a manifestação obtida a partir de um juízo de invalidade sistêmica que tem como efeito a nulidade do ato. O ato só pode produzir efeitos se efetivamente naquele momento havia sobre ele um juízo de validade.

⁹²⁹ A título de exemplo, Processo: RR 1193004620075040010 119300-46.2007.5.04.0010: Relator(a): Ives Gandra Martins Filho. Órgão Julgador: 7ª Turma Publicação: DEJT 22/05/2009; Processo RR 2783002320095120032 278300-23.2009.5.12.0032, Relator(a): Ives Gandra Martins Filho. Órgão Julgador: 7ª Turma Publicação: DEJT, 17/08/2011.

⁹³⁰ Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Alemã*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1>>. Acesso em 17/12/2013.

⁹³¹ Em CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 258.

enquanto não houvesse por parte do legislador a consciência da inconstitucionalidade, a possível contaminação não poderia produzir a sua natural consequência jurídica, ou seja, a nulidade.

Na técnica de validação pela sistematicidade por nós proposta, a dúvida que nos resta é sobre a compatibilidade da norma com o parâmetro constitucional e possível fundamento de um juízo de constitucionalidade. Ou seja, não há dúvida sobre a existência de elementos evidenciadores de colisão normativa, mas, ao mesmo tempo, também estão presentes os elementos valorativos que clamam pela permanência da norma e que estariam a fundamentar os argumentos que a conduziram a norma a um juízo de inconstitucionalidade.

Outra diferença observada em relação ao *Appellentscheidung* diz respeito ao fato de se ter utilizado o *Bundesverfassungsgericht* de sutileza conceitual onde se diferenciaria o conceito de inconstitucionalidade (*Verfassungswidrigkeit*) e invalidade (*Ungültigkeit*). Neste caso, somente a inconstitucionalidade notória, poderia acarretar a invalidade. Ora, uma das questões que procuramos evidenciar desde o começo do trabalho é a relação intrínseca entre invalidade-inconstitucionalidade-nulidade, por ser esta relação uma das poucas âncoras de segurança em um mar de complexas mudanças na esfera da ciência do direito.

Ainda há uma diferença mais evidente. Parece-nos que o *Appellentscheidung*, quando clama pela presença do legislador, requer providências *pro futuro*, não sendo o caso de considerar necessário o apelo em situações nas quais o Tribunal estabeleça o efeito *ex nunc* ou mesmo salvguarde efeitos de momento anterior à decisão. Já no caso da validade sistêmica, a mesma pode se configurar em qualquer situação diversa da declaração de nulidade, já que qualquer produção de efeito normativo-jurídico, segundo nosso entendimento, é decorrência direta do reconhecimento de um estado de constitucionalidade.

Por último, cabe lembrar que o *Bundesverfassungsgericht* também utiliza o *Appellentscheidung* para alertar o legislador sobre o descumprimento de seu dever constitucional de legislar. Nesse caso, no Brasil há outros institutos que geram, como possível decorrência direta de suas decisões, essa consequência. Referimo-nos ao mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Todavia, parece-nos interessante que uma das consequências da validade sistêmica, nas situações em que os efeitos a serem produzidos sejam prospectivos *pro futuro*, haja um apelo ao legislador para que retifique o defeito da norma antes que a

mesma, em seu processo crescente de “inconstitucionalização” deixe de ser capaz de produzir efeitos no mundo jurídico.

Uma das críticas formuladas ao *Appellentscheidung* é que nesta técnica de decisão o Tribunal teria dificuldades em precisar o momento exato em que se sai desta zona cinzenta entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade. Este também é um problema a ser resolvido pela técnica da validação pela sistematicidade, mas sanável pela avaliação racional do decisor, que para fazê-lo deve usar de sua capacidade de análise argumentativa, de forma a convencer o mundo jurídico de que a solução dada é aquela que melhor se adequa às circunstâncias constitucionais. De toda forma, deve-se à técnica do *Appellentscheidung* a visão de que é possível perceber um trânsito normativo da constitucionalidade para a inconstitucionalidade, sendo que enquanto este item não tiver sido totalmente percorrido, estamos a tratar de norma constitucional com efeitos reconhecidos pelo sistema jurídico.

Aliás, o próprio nome da técnica (“Apelo ao legislador”) tem o condão de nos inclinar à análise de uma possível maior cooperação entre Judiciário e Legislativo no sistema de controle de constitucionalidade das normas e, assim, nos conduzir ao tratamento de uma das questões mais relevantes na tensionada relação entre esses poderes: a legitimidade das normas e sua relação com a juridicidade das mesmas em um sistema neoconstitucional. É o que faremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 5: A LEGITIMIDADE E A BUSCA POR UM CONCEITO

Começamos mais uma vez a partir da busca pelas raízes do termo. O conceito de legitimidade, como qualidade do que é legítimo, está inserido de modo mais amplo na cultura jurídica, embora de maneira heterogênea e polissêmica⁹³². Essa procura por uma definição conceitual apresenta-se desafiante a partir do próprio estudo etimológico do termo. Em uma primeira perspectiva, pode explicitar aquilo que é de acordo com a lei ou é por esta consentida.⁹³³ Pode ainda querer dizer que se trata daquilo que está em conformidade aos costumes e às regras pré-estabelecidas⁹³⁴. Mas pode, ainda, querer dizer que é aquilo que torna algo idôneo, justificável⁹³⁵, ou mesmo como senso de justiça ou racionalidade.⁹³⁶

Toda essa gama de possibilidades semânticas, construídas no decorrer da história – certamente fundadas em diferentes concepções ideológicas e filosóficas produzidas em cada tempo histórico e situações específicas - geraram incerteza e dificuldades na demarcação do conceito. Afinal, o que se pretende dizer quando se afirma que um ato emanado pelo poder público é legítimo?

⁹³² Conforme bem destaca GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 1089.

⁹³³ Nesta acepção, encontramos em CORTELAZZO, Manlio; ZOLLI, Paolo. *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1999, pág. 8671. Seguindo essa linha, segundo o autor, o termo observa sua origem no latim *legitimu(m)*, ou seja, próprio da lei, o que é confirmado em VIANELLO, Natale. *Vocabulário Latino-Italiano. Italiano-Latino*. Roma: Società Editrice Dante Alighieri, 2007, pág. 245, quando afirma que é aquilo que é legal, estabelecido pela lei. Em DINIZ, Antônio Carlos. *Legitimidade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 514, uma importante informação complementar remete ao fato de que do ponto de vista da etimologia, a palavra, tem sua origem, como já dissemos, no latim, e que a mesma remonta suas raízes no Direito privado, mais precisamente no Direito de Família e Sucessões. Neste contexto significa legalidade, de onde provém, até nos dias de hoje, as expressões “filhos legítimos e sucessão legítima”. Aliás, a acepção de conformidade à lei predomina nos léxicos mais gerais como, por exemplo, o HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa Houaiss* [CD-ROM]. [S.l.]. Objetiva, 2009, ISBN978857302970-3.

⁹³⁴ Conforme CORTELAZZO, Manlio; ZOLLI, Paolo. *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1999, pág. 867, LAGARDE, Alain. *O Estado; o Poder; a Violência; a Sociedade*. In: *As Grandes Noções da Filosofia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 375.

⁹³⁵ No sentido de justificar, o termo é usado a partir do fim do Séc. XVII, conforme indicado em CORTELAZZO, Manlio; ZOLLI, Paolo. *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1999, pág. 8671. Esse é uma acepção que muito nos interessa e nesta direção de sentido pode ser encontrada em diversos dicionários mais especializados. Ara fins de exemplificação citamos: LAGARDE, Alain. *O Estado; o Poder; a Violência; a Sociedade*. In: *As Grandes Noções da Filosofia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 375; FOUBET, Fabrice. *A verdade; o irracional; o sentido; a sabedoria*. In: *As Grandes Noções da Filosofia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 1199; JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, pág. 134-135. Mas também em dicionários não especializados esta acepção, ainda que aproximada, pode ser encontrada. É o caso do HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa Houaiss* [CD-ROM]. [S.l.]. Objetiva, 2009, ISBN978857302970-3.

⁹³⁶ Em LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 675.

A obtenção de resposta a esta questão não pode ser dada sem o devido enfrentamento de áspersas questões travadas nos âmbitos da filosofia política e das teorias jurídico-políticas por contemporâneas. Porém, deve-se admitir que essa seja uma discussão que se tornou incontornável no âmbito da demarcação do espaço teórico-metodológico do direito constitucional hodierno, cuja tarefa vem se tornando crescentemente mais complexa, na medida em que deve, não apenas explicitar princípios fundacionais de sociedades plurais ocidentais (naturalmente fluidas), mas, concomitantemente buscar adequação a concepções ético-morais em tradições construídas em quadros históricos singulares.

Pertence ao registro do pensamento político do início do período moderno a definição de legitimidade como “o bom fundamento do Poder, o que lhe confere justificação e validade”⁹³⁷, sendo que o princípio da legitimidade, um pouco mais adiante, nas suas diferentes acepções, é inserido em um contexto histórico no qual o poder, a partir de um projeto iluminista, tende a transformar-se em um ordenamento estatal de natureza jurídica com fins a organização jurídico-administrativa. Assim, observa-se uma alteração na visão acerca da legitimidade: passando-se de um critério de legitimação moral, teocrático e consuetudinário para um título de legitimidade compreendido formalisticamente, no qual o ente estatal é autorizado a ser fonte da lei em razão de ter sido legitimado por um contrafático acordo originário entre indivíduos.

Nos dias de hoje, em uma vertente bastante usada, vem sendo a legitimidade, em sua dimensão política, definida como um atributo do Estado, que consistiria na obtenção, junto a uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem necessidade de recorrer ao uso da força⁹³⁸, a não ser em casos esporádicos. O que se almeja é a transformação da obediência em adesão, de forma a que esta acabe por se estabelecer como elemento integrador na relação de poder mantida entre Estado e cidadãos.⁹³⁹

Assim, passa-se de uma concepção cognitivista da ordem jurídico-política (justiça) a uma concepção não-cognitivista (validade) ou mesmo, mas ainda na

⁹³⁷ Informação constante em o GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 1089.

⁹³⁸ É bem verdade que nos atos em que não se usa essa força a que estamos nos referindo, que é a intervenção fática, ao menos se usa aquilo que em BORDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *La Reproduction*. Paris: Minuit, 1970, pág. 18 “poder de violência simbólica”, como um poder capaz de impor significações como legítimas, todavia dissimulando as razões de força que estão no fundamento dessa sua força, adicionando sua própria força (fundamentalmente simbólica) a essa relações de forças que fundamentam o poder. Quanto mais age a força simbólica, menos se necessita da força concreta.

⁹³⁹ Na linha definida em LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 675.

mesma direção, de um critério prudencial e por precedentes para uma aplicação hierárquica, dedutiva e mecânica da norma.⁹⁴⁰ Fato é que a noção de legitimidade envolve em boa parte das concepções produzidas, ressalvadas, conforme teremos a oportunidade de analisar, as concepções mais formalistas, a ideia de justo.⁹⁴¹ Essa vertente que conecta legitimidade e justiça é, certamente, a linha a ser perseguida por este trabalho, de forma a recuperar o sentido original do conceito.

A legitimidade é um conceito fundamental tanto para o campo da política quanto para o campo do jurídico. Há quem assuma perspectivas conceituais distintas, conforme a área de análise, entendendo que pode apresentar-se a legitimidade em uma vertente política ou em uma vertente jurídica.⁹⁴² Desde já, antecipamos nossa posição de não nos atrelarmos a essa visão, antecipando que nossa posição é a de nos filiarmos a uma posição habermasiana (pelos argumentos que serão um pouco mais adiante explicitados) que entende ser o direito o meio de integração das sociedades pós-tradicionais por excelência, de maneira que no que se refere à temática sobre a legitimidade, não há como isolar os campos da política e do direito, tornando-os estanques. Estamos, neste caso, diante da dupla face de Janus.

No âmbito dos estudos acerca da legitimidade faz-se necessária, porém, antes de tudo, fazer uma distinção que vem em nosso auxílio no sentido de diminuir as ambiguidades do conceito. Trata-se do binômio legitimidade/legitimação, que embora estejam internamente relacionados e se autocomplementem, denominam fenômenos diversos, aprofundados por campos de estudos específicos⁹⁴³. A legitimidade está associada aos fundamentos últimos das ordens de domínio (religando-se a fatores éticos)⁹⁴⁴ e que se relaciona a problemas de fundamentação para o reconhecimento da juridicidade normativa, nos termos que temos enfatizado

⁹⁴⁰ Conforme SORGI, Giuseppe. *LEGITTIMITÀ*. In: MARASSI, Massimo. (Coord.). *Enciclopedia Filosofica*. Milão: Bompiani, 2010, v. IX, pág. 6296.

⁹⁴¹ Concordando com GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 1089-1090, quando a autora, ao analisar a relação da legitimidade com sua perspectiva jurídica, reconhece haver uma dimensão extrajurídica da experiência humana e um horizonte metajurídico das exigências axiológicas, o que se coaduna com a nossa posição referente à validade jurídica (atributo jurídico com quem a legitimidade certamente possui clara conexão, conforme veremos), explicitada nos Capítulos 3 e 4. De toda sorte, também a velha oposição sobre a prioridade do justo sobre o bem (defendida pelos liberais) ou do bem sobre o justo (recepcionada pelos comunitaristas) também pode ser objeto de abvaliação nesta questão.

⁹⁴² Parece ter sido essa a posição assumida em GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 1089.

⁹⁴³ Em DINIZ, Antonio Carlos. *Legitimidade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 517, o autor bem observa que enquanto a legitimidade integra o universo de pesquisas da filosofia política e do direito, a legitimação é mais propriamente tratada pela sociologia jurídica e pela ciência política.

⁹⁴⁴ Conforme DINIZ, Antonio Carlos. *Legitimidade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 517.

neste trabalho. Vê-se, portanto, que se enfatiza uma dimensão axiológica do conceito, sendo que a ideia de consenso livremente construído no processo de formação da vontade de um determinado grupo passa a ser considerado uma das bases éticas da sociedade de uma ordem jurídico-constitucional. Por isto, a ênfase da legitimidade está situada nos critérios de justificação a que é submetida à decisão político-jurídica.

Por outro lado, o conceito de legitimação ordinariamente vem significando o poder existente (ou, ao menos, objetivado) para despertar e cultivar a aceitação, o consenso e o reconhecimento em uma base territorial. Assim, a aceitação se converte no resultado da crença – correta ou não – de que o sistema é o mais adequado, constituindo uma forma de medição da disposição para a obediência e para a aceitação. Estando ela mais relacionada a um procedimento de avaliação empírica da aceitação e reconhecimento da autoridade, acaba por se traduzir em uma dimensão fática da legitimidade. Neste caso, o realce está na descrição fática dos elementos colocados a disposição para fins de obediência a um sistema jurídico-político.

A reforçar a tese acima sustentada, entendemos que no campo do direito constitucional (cuja característica essencial é situar-se no âmbito de estudo jurídico-político) não há espaço para delimitações conceituais rígidas entre os dois conceitos, mesmo porque a nossa linha de análise, como veremos, não prescinde de nenhuma das duas direções de análise.

Também sobre qual vertente (política ou jurídica) do conceito de legitimidade deve ser privilegiada, ou seja, se a análise será jurídica ou, por outra via, uma análise política, já nos adiantamos que entendemos que o isolamento em compartimentos entanques, no contexto dos Estados contemporâneos não produz qualquer sentido.⁹⁴⁵ A verdade é que o esforço analítico, mesmo sem negar o caráter contrafático desta empreitada, pode nos conceder uma visão mais apurada em uma ou outra perspectiva (jurídico-político ou político-jurídico), mas, conforme já tivemos a oportunidade de afirmar, jurídico e político sempre se pressupõem. Começamos, então, pela visão que acentua o aspecto político.

5.1 A percepção do termo em sua acepção mais propriamente política

⁹⁴⁵ Nesse sentido, concordamos com Paulo Otero “O estudo do Direito ganha sempre, em perspectiva e profundidade, se for feito num cruzamento pluridisciplinar entre o contexto jurídico e o contexto político – uma teoria pura do Direito, isenta de qualquer dimensão, política, é ficção.”, OTERO, Paulo: Editorial In: *Direito & Política: Law & Politics*. [S.l]: s/ed. out./dez. 2012.

Todas estas concepções acerca da legitimidade, em diferentes medidas, estão na base das visões contemporâneas sobre o tema. O termo “legitimidade”, como observado, apresenta uma gama de possibilidades semânticas dependendo do ângulo da análise. A própria dimensão e alcance do termo em sua acepção jurídica não pode deixar de se entrelaçar com suas concepções políticas e filosófico-políticas que lhe dão base.⁹⁴⁶ Nesta linha de análise, o desvelamento do conceito de legitimidade resulta da interação entre conceitos da filosofia política (ou mesmo da ciência política) em que cada um dos elementos que interage coopera de maneira relativamente independente para sua determinação. Seguindo orientação clássica sobre o tema, estes elementos são a comunidade política, o regime e o governo⁹⁴⁷. Situemo-nos, então, sobre tais perspectivas.

Iniciando por comunidade política, assumimos a visão daqueles que entendem ser esta um grupo social que congrega os indivíduos unidos pela divisão do trabalho político em uma determinada base territorial. Esse aspecto do Estado realça a crença na legitimidade quando se observa na população sentimentos difusos de identificação com a comunidade política.⁹⁴⁸ No Estado nacional, a crença na legitimidade é caracterizada, com maior evidência, por atitudes de fidelidade à comunidade política e, em muitos casos (ainda é possível afirmar), de lealdade nacional.⁹⁴⁹

Por regime estamos considerando⁹⁵⁰ o conjunto de instituições que regulam a luta pelo poder e o exercício deste, bem como o conjunto dos valores que dão sustentação e animam a vida dessas instituições. Assim, se é possível afirmar que em um regime monárquico devem estar disseminados, no âmbito do espaço político, princípios monárquicos; ou que no regime socialista estão espalhados os princípios

⁹⁴⁶ Num Estado pluralista, a politização da administração pública passa também pelo reforço da legitimidade política das diversas estruturas administrativas, Cf. OTERO, Paulo. *A dimensão política da administração pública: A quebra do mito da separação de poderes entre política e administração*. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADRO, Fausto de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. (Coords.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Administrativo e Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. IV, §5º, acrescentamos tal premissa a todos os campos do Estado.

⁹⁴⁷ Em LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 676.

⁹⁴⁸ Em LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 676.

⁹⁴⁹ Aqui tem-se uma situação curiosa, pois embora esse conceito de lealdade nacional venha sendo esvaziado por novas visões como o do Patriotismo Constitucional (em Jürgen Habermas) ou do Patriotismo Republicano (em Maurizio Viroli), referenciados no Capítulo 2, em diversas partes do mundo, na contramão dessas orientações teóricas, há em curso um recrudescimento de ideias nacionalistas e patrióticas.

⁹⁵⁰ Seguindo ainda LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 676.

socialistas, também é razoável supor que em um regime democrático está pressuposta a existência de princípios democráticos que o sustentam.

A percepção de adesão a um regime está, então, no fato de que os governantes e sua política são reconhecidos na proporção em que os aspectos fundamentais deste regime são aceitos. Assim, quem legitima o regime tem que aceitar também o governo que veio a se concretizar no espaço estabelecido pelas regras e princípios deste, mesmo que a ele apresentasse oposição política. Sintetizando, o interesse concreto que une aqueles que aceitam o regime (mesmo aqueles que estão na oposição política ao governo) é a assunção deste como plataforma comum de luta entre os grupos políticos.

Um terceiro elemento-chave neste processo de construção da legitimidade política é o governo. Seria este o conjunto dos papéis em que se concretiza o exercício do poder político.⁹⁵¹ Na linha do que foi acima exposto, se a força do governo repousa em sua legitimidade, para que ele seja qualificado como legítimo, em regra é suficiente que tenha se estruturado em conformidade com as normas do regime e que exerça o poder de acordo com as mesmas, respeitando determinados valores fundamentais da vida política. Todavia, pode acontecer que a pessoa que chefia o governo seja ela mesma o fator de crença na legitimidade.

No Estado moderno, isso (ainda) acontece quando as instituições políticas encontram-se em crise e os únicos fundamentos da legitimidade do poder são a superioridade, o prestígio e as qualidades pessoais de quem se encontra no vértice da hierarquia do Estado. Mesmo considerando que certa dose de personificação do poder seja uma característica intrínseca de qualquer regime (muito embora, em diferentes medidas), a verdade é que no atual estágio alcançado pelas democracias contemporâneas, possíveis excessos personalísticos configuram um dos efeitos deletérios que geram não apenas um indesejável abstencionismo político por parte dos membros das comunidades políticas⁹⁵², mas também uma mitigação do papel institucional.

Uma perspectiva de análise da legitimidade mais próxima ao panorama jurídico-político mostra que o paradigma positivista permanece produzindo fortes ecos

⁹⁵¹ Em LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 676.

⁹⁵² De toda forma, essa temática nos reporta à clássica divisão weberiana que, como vimos anteriormente, ao estabelecer as tipologias da legitimidade distingue como um dos tipos a de cariz pessoal ou carismática.

em nosso sistema jurídico, aproximando-o enormemente do conceito de legalidade⁹⁵³. Com isso, conseqüentemente, dá-se uma supervalorização à dimensão formal da norma, em detrimento da sua dimensão ético-substancial, embora não possamos esquecer que a forma do direito é um valor em si.

5.2 A legitimidade no contexto da estrutura política e social

Afastando-nos de uma visão idealizada e eventualmente ingênua, há de se considerar que o povo não deve ser considerado como um somatório abstrato de indivíduos, cada qual participando diretamente com igual fatia de poder no controle do Governo e no processo de elaboração das decisões políticas. Esta é uma visão ficcional da ideologia democrática. As relações sociais não subsistem entre indivíduos totalmente autônomos, mas entre indivíduos inseridos em um contexto, no qual desempenham um papel definido pela divisão social de papéis sociais.

Ora, a divisão destes papéis e a luta por ocupação de espaço social e político dela decorrente fazem com que a sociedade nunca seja pensada através de representações que correspondam à realidade, mas por meio de uma imagem que vai sendo deformada pelos interesses (ideológicos) dos protagonistas desta luta, cuja função é a de legitimar o poder constituído. Pode-se afirmar que quando o fundamento e os fins do poder são percebidos como compatíveis ou de acordo com o próprio sistema de crenças e quando o agir é orientado para a manutenção dos aspectos básicos da vida política, o comportamento de indivíduos e grupos pode ser definido como legitimação. *A contrario sensu*, quando as decisões proferidas pelo Estado são percebidas na sua estrutura e nos seus fins como estando em contradição com o próprio sistema de crenças esse comportamento pode ser definido como contestação da legitimidade.

Não se trata de uma representação totalmente ilusória da realidade. Como já tivemos oportunidade de tratar no Capítulo 1, essa representação teórica

⁹⁵³ Bobbio faz esta distinção, ainda que por uma via positivista, como não poderia deixar de ser, quando afirma que “Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre Legalidade e legitimidade, costuma-se falar em Legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal; o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido em conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário. Quem detém o poder não o detém nem o exerce sempre de forma arbitrária, assim como nem sempre quem exerce o poder arbitrariamente é detentor unicamente de um poder de fato.” Em BOBBIO, Norberto. *Legalidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 674.

mantém permanente interação com a realidade fenomênica influenciando-a, mas também por ela sendo influenciada. Toda ideologia e todo princípio de legitimidade do poder, para se justificarem eficazmente necessitam conter também elementos descritivos extraídos do mundo vivido, que os tornem dignos de confiança e, conseqüentemente, idôneos para produzir o fenômeno do consenso. Por isso, quando as crenças que sustentam o poder não correspondem mais à realidade social ou aos valores do grupo, são deixadas de lado e assiste-se a mudança paradigmática das concepções teóricas que justificam o poder.

Quando o poder é firme e apresenta-se em condição de justificar adequadamente seus atos – seja de maneira progressista, seja de maneira conservadora – é presumível que alcance o consenso necessário. Porém, há de se ter cuidado aqui, pois se nos limitarmos a definir como legítimo um Estado cujos valores e estruturas fundamentais são aceitos, acabaremos por englobar nesta formulação também o contrário do que normalmente se entende por consenso: o consenso imposto (um consenso sem adesividade intensa) e o caráter ideológico de seu conteúdo.⁹⁵⁴ Neste caso, a definição geral proposta acaba por se revelar insatisfatória, uma vez que pode ser aplicada a qualquer conteúdo.

Para superar essa suposta contradição terminológica (“consenso imposto”), faz-se necessário evidenciar que termo legitimidade pode apresentar, concomitantemente, uma dimensão fática - comprovável pela empiria -, e uma dimensão axiológica, no caso um valor de convivência social. Essa duas dimensões observáveis no fenômeno consensual é de extrema importância quando fizermos a devida conexão com o fenômeno da validade. A situação a que o termo se refere é a aceitação do Estado por um segmento relevante da população; o valor é o consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens autônomos e conscientes.

O sentido da expressão legitimidade não é, assim, estático, e, sim, dinâmico. Em cada manifestação histórica da legitimidade, vislumbra-se a promessa, até agora sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente sem a interferência

⁹⁵⁴ Segundo BOBBIO, Norberto. *Legalidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 674, o consenso em relação ao Estado nunca foi livre. Normalmente, a legitimação se apresenta como uma necessidade, seja qual for o tipo de Estado, sendo que inúmeras pesquisas sociológicas provaram, por exemplo, que o fenômeno da manipulação do consenso existe também nos países democráticos. Ora, uma vez que o poder é o determinante, pelo menos parcial, do conteúdo do consenso e que, conseqüentemente, podem existir nele diferentes níveis de liberdade e de coação. Como se vê, Bobbio distingue um tipo de consenso espontâneo, nascido de uma adesão interna, sincera, de um consenso forçado, imposto, artificial.

do poder ou da manipulação e sem mistificações ideológicas. A legitimidade vincula-se, no sentido que estamos nos referindo ao termo, não apenas à realidade fática observável no mundo das relações jurídico-sociais, mas também à conexão entre essa realidade e o aspecto psicológico-valorativo dos indivíduos submetidos às decisões de poder emanadas pelo Estado.

Com base nesse critério, é possível afirmar que será mais legítimo o Estado onde o consenso tem condições de ser manifestado mais livremente, sem o uso da violência estatal para impô-lo, seja pelas vias físicas ou ideológicas. Com esse ponto de partida, podemos formular uma nova definição que integre na definição o aspecto de valor, elemento constitutivo do fenômeno. Podemos, então, afirmar que a legitimidade é uma idealidade não concretizável de forma plena na história, sendo que as ordens emanadas pelo Estado serão mais ou menos legítimo na medida em que torna real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, o que implica na aproximação com a ideia-limite de eliminação de qualquer tipo de violência estatal ou mesmo aquela proveniente de qualquer grupo específico da sociedade civil.

Porém, para que façamos uma análise mais percuciente da temática, e seguindo posição defendida desde o início do presente trabalho, ou seja, de que a demarcação conceitual de um instituto não pode prescindir das construções dele elaboradas pela tradição, passamos a apresentar algumas das principais construções teóricas acerca da legitimidade no decorrer da história, tomando como corte cronológico de partida o início do Século XX. Os passos seguintes, portanto, são os de apresentar essas teses que, de forma mais ou menos contundente, colaboram na delimitação dos conceitos contemporâneos de legitimidade, e principalmente, cooperam para alguns dos pressupostos do presente trabalho.

5.3 A legitimidade em suas perspectivas teóricas mais relevantes

Sabe-se que são muitas as perspectivas do conceito de legitimidade observadas no decorrer da história, principalmente após o evento da Revolução Francesa. Para exemplificar, no Século XIX conflitam-se vários significados de princípio de legitimidade⁹⁵⁵, tais como:

⁹⁵⁵ Conforme apresentado por SORGI, Giuseppe. *LEGITTIMITÀ*. In: MARASSI, Massimo. (Coord.). *Enciclopedia Filosofica*. Milão: Bompiani, 2010, v. IX, págs. 6296-6297.

1) o Estado de Direito Liberal, do qual se desenvolve um modelo parlamentar (como o pensado por Benjamin Constant) fundado sobre o império da lei, a partir de um modelo democrático que ataca o despotismo, o acento é posto sobre a soberania da vontade popular; 2) o princípio da legitimidade de tipo carismático (que tem seu melhor retrato com Napoleão e o “cesarismo”), no qual o Chefe de Estado é considerado ele próprio a expressão da vontade da nação, sem que esta se submeta aos órgãos representativos; 3) o “legitimismo tradicionalista”, no qual o soberano é tal por vontade divina, e sobre tal base se legitima seu governo (como em, por exemplo, Joseph Maistre);

4) as clássicas doutrinas católicas tomistas, baseadas sobre o conceito de bem comum e sobre princípios ideológicos da Igreja e, enfim 5) uma legitimidade do poder e de suas realizações a partir de uma representação orgânica (estatalismo em Hegel, a *Volksgeist* da Escola Histórica, o organicismo de Adam Müller, etc.).

Entre o Século XIX e o Século XX, a crise do hegemônico sistema liberal-democrata faz com que este já não se mostrasse como um modelo representativo de todos os interesses vigentes na sociedade industrial de massa. Novas classes sociais passam a buscar uma nova representação jurídico-formal e jurídico-substancial por intermédio de formas de análises diversas. Desenvolvem-se, por exemplo, doutrinas materialistas (marxismo), sociológicas (principalmente com Max Weber), elitistas (principalmente pelos italianos Vilfredo Pareto⁹⁵⁶, Gaetano Mosca⁹⁵⁷).

Muito embora todas estas correntes tenham se consagrado como vertentes sólidas no processo de definição de legitimidade, a partir de uma visão ideológica, forjada em um contexto histórico específico, no presente trabalho, analisaremos aquelas que entendemos que mais se aproximam dos objetivos almejados pelo presente trabalho. Serão examinadas, então, aquelas que se consagraram no âmbito político-jurídico do Século XX como as mais influentes e importantes teorizações no campo da política e, por consequência, no processo de construção de um objetivado sistema jurídico-constitucional legítimo. Além disso, servem elas de parâmetro para refletir sobre o atual estágio de reconfiguração do

⁹⁵⁶ Em PARETO, Vilfredo. *Trattato di Sociologia Generale*. Firenze: Barbèra, 1916, entre os parágrafos 2026 e 2059, por exemplo, demonstra-se claramente uma suposta cientificidade de análise levaria separação entre uma classe de pessoas dotadas de especiais talentos para exercer o poder, a elite e o estrato inferior, a classe a ser governada.

⁹⁵⁷ Em MOSCA, Gaetano. *Elementi di Scienza Politica*. 5ª ed. Bari: Laterza, 1953, v. I, pág. 78-107, o autor bem demonstra esse elitismo quando desenvolve sua teoria de separação nítida entre a classe dos dirigentes, que executa todas as funções políticas, e a classe dos governados, que seria aquela que é dirigida e regulada pela primeira de modo mais ou menos legal, mais ou menos arbitrário e violento.

conceito de legitimidade no âmbito da propalada troca paradigmática observada no sistema jurídico brasileira, de uma concepção positivista para uma concepção filosófico-jurídica neoconstitucional.

5.4 As bases da legitimidade nas principais teorias jurídico-políticas

5.4.1 A legitimidade em Weber: o logicismo legalista

A obra de Max Weber, embora sempre relacionada a uma perspectiva de análise positivista, é dominada por duas preocupações: levar em conta a realidade empírica, e não ocultar a relação com os valores.⁹⁵⁸ Se a primeira das ideias expressas é evidente em um sociólogo, a segunda não é tão evidente em um autor tão identificado com ideais positivistas⁹⁵⁹. Seus estudos de sociologia política e sociologia jurídica são, ao mesmo tempo, uma sociologia da dominação - que põe em evidência a manifestação concreta da força (*potentia*) - e uma reflexão sobre os valores capazes de justificar a relação entre mando e obediência.

Ao examinar a história do direito político, Weber teria mostrado que as antinomias e os conflitos múltiplos são decorrência de um mundo dominado pela irracionalidade, de maneira que não é surpreendente que os teóricos do direito político tenham atribuído sucessivamente à legitimidade três figuras ideais: uma figura carismática, dominada pelo valor exemplar de uma personalidade, uma figura tradicionalista, obediente às virtudes do ontem eterno e, por fim, uma figura racional baseada na designação regular daqueles que governam na legalidade.⁹⁶⁰

⁹⁵⁸ Em WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I, pág. 142, o autor afirma que na dominação legal todo direito se vincula a uma forma racional (seja em relação aos fins, seja em relação aos valores, ou ambas as coisas). Parece-nos que é essa visão que influenciará Habermas quando formula as racionalidades a que se submete o direito (moral, ética e pragmática). Também é reconhecida tal preocupação em Weber conforme observado em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 94, quando o autor reconhece que tanto em Weber, como em Parsons, o agir institucionalizado é realização seletiva de valores culturalmente reconhecidos sob limitações típicas de uma situação.

⁹⁵⁹ Embora haja quem o considere alguém que foi além do positivismo, como SAUQUILLO, Julián. *El significado de "la ciencia libre de valores"*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pág. 1194.

⁹⁶⁰ O tema da legitimação de Weber é bem tratado em BENDIX, Reinhard. *Max Weber: An intellectual Portrait*. Berkeley: University of California Press, 1978, págs. 285-297.

São, então, para Weber, os três tipos puros de dominação legítima, que justificam o exercício do poder⁹⁶¹: a) a de caráter carismático, que se fundamenta na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)⁹⁶²; b) a de caráter tradicional, que se fundamenta na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional)⁹⁶³ e, por fim, c) a de caráter racional, baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)⁹⁶⁴. De notar que enquanto nas duas últimas formas acima apontadas, as relações com a autoridade se baseiam em normas prévias, na dominação carismática o vínculo é a simples relação de confiança.⁹⁶⁵

Não se pode imaginar que seja possível encontrar estes tipos ideais fundamentando o exercício de poder de forma isolada, estanque. O exercício real do poder se dá com a hegemonia de um tipo ideal, mas sempre acompanhada, em maior ou menor grau, de características dos demais tipos, de forma que ainda que estejamos em uma época na qual se compreenda majoritariamente que a legitimidade para o exercício do poder deva advir das leis, não se pode jamais esquecer que a própria força desta advém da tradição (no processo de formação mental) ou mesmo do prestígio pessoal daqueles que a apoiam.

De toda a forma, mesmo considerando esta imbricação entre os tipos ideais importa-nos especialmente o último tipo de legitimidade acima citada, aquela baseada em uma dominação legal, que é a que tem sido o sustentáculo do poder no mundo ocidental, nos últimos tempos e que está intimamente relacionada a um culto de uma razão que se quer senhora de si mesma. O triunfo de uma racionalização intelectualista se deve à ciência e à técnica, sendo que o exercício do poder legítimo não escapa a esta visão.

⁹⁶¹ O exercício do poder está relacionado a um uso cada vez mais monopolizado da violência legítima pelo Estado, sendo esta a única fonte de direito à violência. Conforme WEBER, Max. *La política como vocación*. In: *Max Weber, El político y el científico*. Madri: Alianza, 1981. Págs. 82-83.

⁹⁶² Em WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I, pág. 158 e seguintes.

⁹⁶³ Em WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I, págs. 148-158.

⁹⁶⁴ Em WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I, págs. 142-148.

⁹⁶⁵ Conforme bem alertado por SORIANO, Ramón. *Sociología del Derecho*. 4ª ed. Barcelona: Ariel, 2012, pág. 109.

Por isso, a legitimidade racional vem a significar que a autoridade dos governantes e de seus atos se impõem em virtude da legalidade⁹⁶⁶ ou, mais precisamente, em virtude da crença na “validade” de um estatuto legal e de uma competência positiva baseada em regras racionalmente estabelecidas.⁹⁶⁷ Em Weber, a legitimidade de um ato político ou jurídico provém da autoridade que se fundamenta no respeito das obrigações definidas pelos estatutos e pelos regulamentos estabelecidos. Assim, os servidores dos Estados modernos encontram a legitimidade de seus atos nessa obediência à legalidade em vigor, que constitui a legitimidade de uma decisão de um ato jurídico.

Segundo Weber, no tempo da racionalidade moderna, ou seja, a racionalidade formal⁹⁶⁸, todo poder está inserido no quadro lógico-formal da regularidade jurídica do Estado. Assim, todo ato jurídico e toda conduta dos cidadãos encontram legitimidade na conformidade à letra das leis e dos códigos, o que pode nos levar a uma neutralidade axiológica da legitimidade formal, tendo em vista que o corpo de regras de direito decorreria da axiomática técnico-relacional na qual se funda a própria norma de direito.⁹⁶⁹

Por esta razão, em Weber, a opção pela forma burocrática (ligada à regra e à ordem) em detrimento de uma forma diletantista de administração

⁹⁶⁶ Como bem lembrado em SORIANO, Ramón. *Sociologia del Derecho*. 4ª ed. Barcelona: Ariel, 2012, pág. 109, Weber concebe a legitimidade como um conceito em direção à racionalidade e, por isso, chama a terceira das formas de legitimidade de “legitimidade legal-racional”, por ser um tipo de racionalidade sustentada na racionalidade das normas

⁹⁶⁷ Segundo estabelecido em WEBER, Max. *Conceitos básicos de sociologia*. São Paulo: Centauro Editora, 2002, pág.57, um sistema de autoridade poderá parecer a) convencional quando sua validade for externamente garantida pela probabilidade de que qualquer desvio dentro de um grupo social definido será tratado com uma desaprovação relativamente geral e significativamente perceptível; b) um tal sistema de autoridade será considerado lei se for externamente garantido pela probabilidade de que um comportamento não costumeiro será tratado com sanções físicas ou psíquicas, com a finalidade de tornar a conformidade obrigatória ou de punir a desobediência, sendo ministradas por um grupo de homens providos de autoridade especial para este propósito.

⁹⁶⁸ Conforme bem aponta RITZER, George. *Racionalização*. In: SCOTT, John. (Org.). *Sociologia. Conceitos-chave*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, págs. 169-170, Weber distinguia quatro tipos de racionalidade: a) a racionalidade prática, que teria existido em qualquer época da história e que diz respeito à busca cotidiana dos melhores meios de atingir qualquer fim ou objetivo que se possa vir a ter; b) a racionalidade teórica, que traduz o esforço para atingir o domínio cognitivo sobre o mundo, e também existe em toda parte e por toda história; c) a racionalidade substantiva, que, igualmente existe por toda história e envolve a busca de meios ótimos para atingir um fim, mas agora guiada por um conjunto de valores sociais mais amplo e, por último, d) a racionalidade formal. Essa é característica do mundo moderno ocidental (que depois se espalha pelo mundo), sendo que também diz respeito a uma busca dos melhores meios para se atingir um fim, mas agora guiada por normas e regulamentos. A preocupação de Weber com a racionalidade formal, incluindo seu comportamento orientado por regras, levou-o a preocupar-se com a burocracia, entendida esta como a forma de organização mais adequada a uma sociedade caracterizada pela racionalidade formal.

⁹⁶⁹ Como afirmado em OLIVO, Luís Carlos Concellier de. *Elementos da Teoria Política em Max Weber*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Orgs.). *Introdução à História do pensamento Político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 335, Weber atenta para a necessidade de um mínimo de vontade para obedecer, ou seja, uma aceitação ao menos quanto à estrutura, ou ao sistema em que se desenvolve o palco das ações sociais.

(relacionada à desordem e à anarquia) é um imperativo no mundo moderno do Século XX. Embora, reafirme-se, Weber tenha noção que o tipo ideal de uma racionalidade perfeita e pura não seja possível, já que sempre existirá uma defasagem entre a racionalização sistemática e total do direito e a congruência dos comportamentos com a validade normativa de uma ordem jurídica, a verdade é que a seu ver a legitimidade praticamente coincide com a legalidade⁹⁷⁰, com todas as consequências que isso acarreta.⁹⁷¹

Todavia, parece-nos exagerada e superficial a afirmação por muitos feita de que em Weber, a fase racional-moderna da legitimidade jurídica corresponderia exclusivamente à hipertrofia instrumentalista ou operacional do direito. Muito embora, não possamos afastar a premissa de que é a legalidade o critério weberiano da legitimidade (de forma a lhe conferir aparência tecnocrática), como já afirmado anteriormente, a legitimidade em Weber também reflete o conflito sem fim dos valores, o que nos leva a deduzir que a legitimidade racional não é puramente formal, embora seja esta a dimensão que eminentemente se destaca na sua concepção.⁹⁷²

5.4.2 A legitimidade em Guglielmo Ferrero

Ferrero, juntamente com Weber, estabelece os primeiros sinais de atenção reservados à legitimidade por parte do pensamento político contemporâneo⁹⁷³. Impressiona-nos no pensamento de Ferrero não somente a atualidade, mas sua capacidade de tratar com clareza um tema tão espinhoso. Seus estudos encontram base na obra *Mémoires* de Talleyrand-Perigord,⁹⁷⁴ que data do fim

⁹⁷⁰ Segundo Weber, quando aborda o tema da dominação legal, “ todo direito é, segundo sua essência, um cosmos de regras abstratas, normalmente estatuídas com determinadas intenções; que a judicatura é a aplicação dessas regras ao caso particular.” Em WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I, pag. 142.

⁹⁷¹ Entre elas, segundo WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I, págs 142-143, o exercício contínuo e vinculado a determinadas regras, respeito a competências (autoridade institucional), respeito à hierarquia oficial, entre outras típicas das exigências típicas também do legalismo positivista.

⁹⁷² Conforme nos é lembrado em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pag. 96, Weber mesmo entendendo que os motivos pelos quais se pode esperar o comportamento dos outros são indiferentes, informa que as ordens sociais somente podem obter durabilidade enquanto ordens legítimas.

⁹⁷³ Na linha do estabelecido em BOBBIO, Norberto. *Sur le principe de légitimité*. In: *Annales de Philosophie Politique*. Nº 7. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, pag. 47.

⁹⁷⁴ TALLEYRAND, Perigord. *Mémoires*. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/28427>>. Data de acesso: 21/09/2013.

do Século XIX⁹⁷⁵, nos quais estariam presentes princípios de legitimidade que levarão a que Ferrero, mais adiante, desenvolvesse sua própria teoria⁹⁷⁶

Embora Ferrero, em sua obra, faça algumas confusões terminológicas⁹⁷⁷, ficam bem claros os elementos centrais de sua teoria tais como: a) a força deve pôr-se a serviço da autoridade; b) o princípio da legitimidade é o fundamento do direito de comandar e implica aos cidadãos o senso de obrigação política; c) que a alternativa ao governo legítimo é o reino da força bruta, da desordem, da anarquia, a usurpação violenta, a revolução destrutiva que demole inteiras civilizações.

Para Ferrero, a legitimidade se configura como um acordo tácito e implícito entre o poder e seus “sujeitos”⁹⁷⁸ sobre certas regras e princípios que fixam as atribuições e os limites do poder, bem como as modalidades de seu exercício.⁹⁷⁹ O poder é legítimo quando, além de ser atribuído, é também exercitado segundo um princípio aceito por aqueles que obedecem (ou, ao menos, pela maioria destes) e respeitado por aqueles que governam (que o exercitam).⁹⁸⁰

Problema que se coloca, então é aquele sobre a desigualdade no âmbito do exercício do poder. Ferrero faz referência uma das grandes problemáticas políticas suscitadas em todos os tempos históricos e ainda sem resposta definida, que

⁹⁷⁵ Conforme informa SORGI, Giuseppe. *Potere. Tra paura e legittimità*. Milão: Giuffrè, 1983, pág. 158. O autor, afirma que, embora se possa desconfiar das verdadeiras intenções de um personagem histórico como Talleyrand, não se pode negar que seus escritos se elevem a considerações de valor geral.

⁹⁷⁶ Presente em FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999, págs. 52-70. No Capítulo IV, os princípios analisados por Ferrero são os seguintes: 1) a usurpação baseada na força proporciona tão somente uma estabilidade precária e superficial; 2) somente governos legítimos podem assegurar tranquilidade e bem-estar ao povo: por isso o princípio de legitimidade é sagrado; 3) o poder é legítimo quando a sua existência, forma e exercício são “consolidados e consagrados” de um longo período; 4) antes a legitimidade podia basear-se sobre o direito divino, mas agora que o senso religioso é muito mitigado, pode fundar-se somente na opinião pública, sob a confiança do povo, sob convencimento deste que um tipo de governo melhor responda às suas exigências e elimine todos os motivos que causem medo; 5) o exercício do poder legítimo deve variar segundo os objetos aos quais se aplica, levando em consideração tempo e lugar; 6) para que exista tranquilidade, confiança, respeito, adesão, senso de obrigação no povo, não basta não basta uma presunção de bom governo, mas que existam precisas instituições permanentes e uma dada forma de governo, correspondente às opiniões gerais de cada tempo; 7) instituições e forma de governo se concretizam em garantias legais como liberdade individual, liberdade de imprensa, independência do poder judiciário, e respeito às competências, responsabilidade solidária dos ministros no exercício do poder, formação da s leis como união de três distintas vontades; 8) a ação do governo deve ser efetuada com concurso de corporações modernas aceitas e solicitadas pela opinião pública e extraídas do seio da sociedade governada e 9) o princípio de legitimidade é um princípio sagrado sobre o qual se apoia toda a ordem social.

⁹⁷⁷ SORGI, Giuseppe. *Potere. Tra paura e legittimità*. Milão: Giuffrè, 1983, pág. 161, ao analisar algumas das obras de Ferrero, observa que por vezes, para significar o mesmo conceito o autor se utiliza de “princípios de legitimidade” ou “princípios de autoridade”.

⁹⁷⁸ Aqui, sob o risco de não reproduzirmos adequadamente a ideia do autor, preferimos fazer a tradução literal do italiano “soggetti”.

⁹⁷⁹ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005, pág. 310.

⁹⁸⁰ Em FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999 Pág. 39.

decorre da premissa de que entre todas as desigualdades humanas, nenhuma tem consequências tão importantes e, por isso, tão necessitadas de justificativas como a desigualdade derivada do poder.⁹⁸¹ Surge, então, uma antiga pergunta, que se coloca em um papel de centralidade neste contexto: quem tem o direito de comandar de modo que os demais se sintam na obrigação de responder? ⁹⁸²

Duas possíveis respostas se apresentam, segundo Ferrero: ou têm direito de governar os mais fortes, ou têm direito de governar os mais sábios. Aceitar a primeira resposta aproxima-nos da barbárie, da luta perpétua, da ausência de racionalidade. Já a segunda resposta, que pareceria mais razoável, apresenta a dificuldade prática de reconhecer objetivamente aqueles homens que possuem uma superioridade de inteligência, sabedoria, moralidade e capacidade de tal ordem que pareça indiscutivelmente meritória a estes o direito de comandar, já que são dignos de serem obedecidos.⁹⁸³

Assim, sem definir claramente uma preferência pela democracia ou por uma aristocracia,⁹⁸⁴ um regime legítimo é aquele no qual o poder é estabelecido e exercitado segundo regras fixadas há um tempo considerável (o que demonstra o apreço de Ferrero por uma posição política mais conservadoras, no sentido não-revolucionário), observadas e aceitas por todos, interpretadas e aplicadas sem hesitação e sem “flutuações” ⁹⁸⁵ por acordo unânime, segundo a letra e o espírito da lei, reforçados pela tradição.⁹⁸⁶

⁹⁸¹ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005, pág. 27.

⁹⁸² Esse certamente é um dos temas mais instigantes da filosofia platônica e aquele rendeu a classificação “pensador antidemocrático”, utilizada, muitas das vezes, em sentido pejorativo. Já em Górgias, Platão ataca por meio de Sócrates a tese do “justo por natureza” de Cálicles (provavelmente um personagem representativo de um tipo de pensamento da época) de que sendo leis positivas obra dos fracos, violaria a lei natural que prescreve que o melhor prevalece sobre o pior, que o mais forte prevalece sobre o mais fraco e que o mais capaz prevaleça sobre o menos capaz. (Em PLATÃO. *Górgias*. 38-39, 483b-484^a. Disponível em <<http://www.cfih.ufsc.br/~wfil/gorgias.pdf>> Acesso em: 23/09/2013.). Essa posição é rechaçada por Ferrero. Para solucionar o problema de quem comanda, em PLATÃO. *República*. IV, 6, 428-428b. Disponível também em <<http://digilander.libero.it/gotika/platone4.html>>. Acesso em: 23/09/2013, o grande filósofo dá clara precedência àqueles com capacidade intelectual avantajada, os filósofos, em detrimento da vontade expressa pela opinião pública, destituída da *sophia* (sabedoria). Essa é uma posição não de todo afastada por Ferrero, que apenas visualiza a dificuldade de, objetivamente, encontrar essas pessoas.

⁹⁸³ FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999, págs. 56-58

⁹⁸⁴ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005, págs. 25 -27, o autor estabelece que como princípios de legitimidade o aristo-monárquico, o hereditário, o eletivo e o democrático, que se encontrariam entrelaçados no decorrer da história, concomitantemente lutando e colaborando entre si. Porém, mais adiante, prefere combiná-los, reduzindo a somente dois: o princípio hereditário (ou monarquia dinástica) e o princípio eletivo, que não coincide exatamente com o princípio democrático, mas o compreende.

⁹⁸⁵ Esse seria uma ideia de pouca aceitação em um tempo histórico como o contemporâneo, em que o direito deve conceder sustentáculo não apenas a uma pluriculturalidade, mas também estar atento às demandas multiculturais, o que lhe exige mudanças de rumo exegéticos constantes.

⁹⁸⁶ FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005, pág. 208.

Já no que se refere à relação entre legitimidade e legalidade, tantas vezes abordadas neste capítulo, a posição de Ferrero assemelha-se a uma que será mais posteriormente defendida por Bobbio, o que demonstra que sua visão deixará um legado importante em uma das principais vozes da filosofia política italiana do Século XX. O elemento formal de legalidade, em Ferrero, não exaure o conceito de legitimidade, já que esta concede substância a um governo fundamentando sobre a aceitação do povo, que nasce por sentimento, tradição, tempo, por convencimento de direito divino ou enquanto projeção da soberania popular. Essa posição teórica de Ferrero vai conceder material teórico para se buscar um conceito de “consenso” que, afastando-se da abstração e generalidade, possa se situar histórica e culturalmente.⁹⁸⁷

Isso nos leva a uma questão bastante importante na teoria defendida por Ferrero: a relação entre legitimidade e o tempo histórico vivido. Ele evita colocar sobre o conceito de legitimidade todo o peso de uma racionalidade completa, ideal, metafísica e abstrata.⁹⁸⁸ Assim, é negado que se possa recorrer a uma unidade de medida que hierarquize e declare um tipo de legitimidade melhor do que outra, levando-o a utilizar o termo “flutuante” para definir esse fluir histórico que circunstancia o conceito de legitimidade e que nega um ideal absoluto de ordem social perfeita. Nessa linha, atinge-se uma validade objetiva somente com referência ao tempo vivido concretamente pelos povos. Submetidos estes às experiências históricas⁹⁸⁹ de cada tempo⁹⁹⁰, daí extraem uma lógica interna coerente para delimitar os contornos da legitimidade.⁹⁹¹

5.4.3 A legitimidade na linha normativista kelseniana

Hans Kelsen ao abordar o problema da legitimidade no contexto de sua visão jurídica (constante na *Teoria pura do direito*), dispensa toda dependência do sistema de elementos extrajurídicos. O Estado é reduzido a um conjunto de normas,

⁹⁸⁷ Em FERRERO, Guglielmo. *La rovina della civiltà antica*. Milão: SugarCo, 1988, pág. 167 e seguintes, obra publicada pela primeira vez em 1921.

⁹⁸⁸ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005, pág. 110.

⁹⁸⁹ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005, pág. 59, o autor explica que essas experiências históricas são construídas por meio dos costumes, da cultura, da ciência, das religiões, dos interesses econômicos de uma época, ou seja, da “orientação geral dos espíritos” (expressão que aproxima-se da usada por Talleyrand, ou seja “opinião geral do século”), que representa mais do que a mera opinião pública.

⁹⁹⁰ Nesta perspectiva, FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005, pág. 20-22. Nesta visão, a historicidade dos princípios de legitimidade, como o autor cita na pág. 57 da obra referida, possui um ciclo vital: nascem, amadurecem, envelhecem e desaparecem, substituídos por outros princípios.

⁹⁹¹ Em FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999, pág. 60-63, quando o autor que o autor afirma que esta lógica interna e coerência são fundamentais para que a legitimidade se incorpore (materialize) historicamente.

sendo a última norma, fonte de validade a todas as demais normas, tese que será duramente atacada por Carl Schmitt, como veremos a seguir. Nesta direção, excluiu de qualquer consideração aspectos de ordem política, moral, econômica ou filosófica⁹⁹², na linha explicitada no Capítulo 2. Assim, em um quadro epistemológico dessa natureza, restou claro que sua perspectiva de análise aponta para uma íntima relação entre legitimidade e legalidade, aproximando-se, neste sentido, da linha weberiana acima abordada.

Quando tratou do que denominou por “dinâmica do direito”⁹⁹³, o jurista vienense, partindo da premissa de que qualquer matéria é passível de receber a forma jurídica, acabou por estabelecer que o fundamento de validade das ordens jurídicas residiria, então, no respeito às formas procedimentais estabelecidas para sua criação, nos termos já analisados anteriormente (mais propriamente no Capítulo 2). Assim, o reconhecimento da validade (e juridicidade, por consequência) normativa depende fundamentalmente do respeito formal às regras procedimentais que, por sua vez, dependem da “norma hipotética fundamental” que, extrapolando a constituição (norma positiva fundamental), consiste na “constituição” em um sentido lógico-fundante, fictício, mas não positivo.

A validade de uma norma jurídica (lembrando que há uma relação forte entre o conceito de validade e legitimidade em Kelsen), em determinada ordem de direito, está na afirmação de que tal norma foi criada em conformidade com a norma fundamental, hipótese lógico-transcendental necessária ao estabelecimento do sistema do direito para a epistemologia do direito kelseniana.⁹⁹⁴

Em Kelsen, o “princípio da legitimidade” não é independente do “princípio da efetividade”⁹⁹⁵, já que para o vienense o governo “efetivo” representaria, para um tempo histórico específico, o “governo legítimo do Estado”.⁹⁹⁶ Desta maneira, o “princípio da legitimidade” é o princípio segundo o qual uma norma jurídica só pode ser ditada pelo órgão habilitado para esse efeito por uma norma superior –

⁹⁹² Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pág. 1.

⁹⁹³ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, Cap. V.

⁹⁹⁴ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pág. 244, quando afirma que como genuína norma fundamental é pressuposta e não posta.

⁹⁹⁵ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, 234 e seguintes.

⁹⁹⁶ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pag. 243-244. Como afirmado em WALTER, Robert. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 67, “es superfluo caracterizar a la comunidad ‘Estado’ como ‘poder soberano’, cuando bajo orden jurídico se entiende un orden efectivo”. Nesta linha, ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine – Staatslehre*. Pag. 33, quando deixa de conceituar Estado como ordem jurídica por crer que uma existência plena de poder só pode ocorrer se a ordem jurídica é efetiva.

entendendo-se que o “princípio da efetividade” designa, no tempo, sua estrita limitação.

Considerada em sua acepção jurídica (e não política ou ideológica), a ideia de legitimidade não se aplica a normas “eficazes” em sua individualidade, mas a normas produzidas segundo um procedimento constitucional, na medida em que este pertence a uma ordem jurídica total globalmente dotada de eficácia.⁹⁹⁷ Mais uma vez observa-se a aproximação entre os conceitos de validade e legitimidade na visão formalista kelseniana.

Para Kelsen, seria esse o ensinamento que, em direito interno, se depreende do fato revolucionário. O caráter fundamental de uma revolução consiste em modificar ou substituir a constituição vigente por uma nova constituição, desatendendo as vias prescritas pela constituição afastada.⁹⁹⁸ Por via de consequência, o reconhecimento de legitimidade implica que o governo efetivo, que dita normas gerais e normas individuais eficazes com base numa constituição eficaz, representa o governo legítimo do Estado. Parece-nos que Kelsen, nesse ponto, pretende corrigir tanto o erro do idealismo que põe acento no *Sollen*, quanto o do realismo, que se alicerça no *Sein*. Por isso, do ponto de vista da epistemologia jurídica kelseniana, a eficácia de uma norma é condição de sua validade, embora não seja ela própria, em si, a validade, como bem acentuou Kelsen.⁹⁹⁹

É observável que em Kelsen só se pode extrair legitimidade de uma norma no âmbito da regularidade jurídica. A legitimidade de um governo e a legitimidade de uma decisão jurídica são pensáveis apenas por meio de sua regularidade constitucional; do mesmo modo a legitimidade de um julgamento só é pensável em relação à sua legalidade.¹⁰⁰⁰ Além disso, nas relações internacionais, os Estados são considerados legítimos quando, numa situação de paz civil, seu aparato jurídico dita leis e obtém a observância dessas leis. Conclui-se que, em todos os níveis da ordem jurídica, será considerado ilegítimo todo e qualquer ato de direito (lei, ato administrativo, decisão judiciária) contrário à regra ou marginal em relação a ela. No normativismo kelseniano, a noção de legitimidade, assim definida logicamente,

⁹⁹⁷ A relação entre validade e eficácia é desenvolvida em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pags. 236 e seguintes e analisado em BULYGIN, Eugenio. *Il positivismo Giuridico*. Milão: Giuffrè, 2007, pág. 110.

⁹⁹⁸ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, pags. 234-235.

⁹⁹⁹ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, p. 242.

¹⁰⁰⁰ Conforme bem conclui GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 1092.

corresponde ao respeito ao esquema de distribuição da pirâmide jurídica, nos termos do escalonamento proposto.¹⁰⁰¹

Como o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma, a legitimidade se inscreve na estrutura intrassistêmica de um ordenamento jurídico. Embora as novas versões do pensamento kelseniano presentes na *Teoria geral das normas*, demonstre um afastamento aos requisitos transcendentais que inspiravam o neokantismo da *Teoria pura do direito*¹⁰⁰², Kelsen não abdica da visão de que a legitimidade das regras de direito decorre do normativismo jurídico-político do sistema considerado e, mais precisamente, da legalidade constitucional, pois para ele a essência de uma Constituição está na regulamentação da criação das normas.

Embora uma análise menos cuidadosa nos leve à conclusão que as análises de Weber e de Kelsen acerca da legitimidade racional do direito se encerrem em um círculo exclusivamente “procedimentalista-formal”, há quem considere que tal afirmativa configura uma simplificação abusiva e até caricatural, que levou alguns exegetas a situar os estudos da legitimidade jurídica, feitos por Weber e Kelsen, sob o signo exclusivo do formalismo legalista. A coerência lógica da ordem racional das normas nestes autores significa a concepção estrutural e sistêmica da legitimidade jurídica na qual se reflete o primado da constituição e da lei.

Porém, entendemos como exagerada a afirmação de que a teoria pura de Kelsen corresponderia a uma formalização “absoluta” da estrutura e da função das normas da pirâmide jurídica. Mesmo que a função autoestruturante da ordem do direito em Kelsen tenda, sem dúvida, para a homogeneidade de sua organização, a verdade é que para a apreciação da legitimidade das normas faz-se necessário recorrer a regras de fundo, de forma a ultrapassar o mero formalismo das competências. Não só a forma do direito expressa à estrutura de um conteúdo, como também é necessário que encontre justificação na razão prática.

5.4.4 A legitimidade além do logicismo legalista e do normativismo sistêmico

¹⁰⁰¹ Em Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008, págs. 250 e seguintes.

¹⁰⁰² O fato de Kelsen considerar agora a “norma fundamental” da qual está suspensa a pirâmide das regras como uma “ficção” que reflete uma “filosofia do *como-se*”, e não como uma “hipótese lógico-transcendental”, nada muda: a legitimidade de um ato jurídico significa a regularidade lógica de sua criação dentro do sistema hierárquico do ordenamento do direito. O afastamento de uma perspectiva kantiana pode ser observado em Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, pag. 432-433.

Das veementes críticas dirigidas ao logicismo legalista peculiar à legitimidade racional, principalmente quando voltadas ao normativismo sistêmico de Kelsen, emergem movimentos de reação que procuram arrancar o conceito de legitimidade dos trilhos estritamente legalistas. Recorre-se para tanto a argumentos diferenciados, com graus diversos de persuasão. Contra o legalismo weberiano invocou-se a resistência dos fatos e o recurso aos valores. Ao mesmo tempo, foram (e ainda são) redobrados os ataques contra o pretenso “formalismo” kelseniano, acusado de justificar comportamentos reprováveis pela consciência humana. Alega-se que um Estado de Direito caracterizado por uma ordem jurídica coercitiva fundada em um legalismo exacerbado pode tornar-se a máscara dos mais agressivos regimes de opressão.

Embora entendamos que se deva levar em consideração os argumentos que atenuam as críticas dirigidas às visões weberiana e kelseniana acerca da legitimidade, já que a radicalidade crítica esconde pontos bastante positivos das construções teóricas, a verdade é que, diferentemente do que se proporá neste trabalho, os valores, sobretudo os valores políticos, só transversalmente atingem a concepção racional-legalista da legitimidade jurídica nesses autores. Nesta linha, em ambas as formulações deixa-se entrever duas carências de que padece uma avaliação acerca da legitimidade quando nos utilizamos apenas do critério da “regularidade normativa”.

A primeira carência refere-se à mitigação do papel da factualidade empírica, o que certamente se encaixa de forma relativa no contexto de críticas schmittiana, mas de forma ainda mais alargada em Hart, conforme veremos abaixo. A segunda carência diz respeito à desconsideração dos aspectos teleológico e axiológico no âmbito da discussão sobre a legitimidade (devidamente levados em conta em Ferrero e Habermas). Assim como foi defendida uma visão tridimensional do direito, também a legitimidade, segunda a entendemos, não pode prescindir de uma visão de todas as possíveis dimensões que circundam o fenômeno jurídico-político.¹⁰⁰³

Procuraremos, então, apresentar sinteticamente algumas das principais ideias norteadoras dos autores acima citados, de forma a estabelecer algumas das balizas teóricas pelas quais poderemos trilhar em direção de um dos objetivos imediatos deste trabalho que é o de fundamentar em linhas teóricas que marcaram

¹⁰⁰³ Parece apoiar essa perspectiva tridimensional da legitimidade jurídica GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 1093.

influência nas formulações jurídico-políticas no decorrer da história do pensamento brasileiro a relação entre validade jurídica e legitimidade em um emergente contexto neoconstitucional (de cariz pós-positivista), que observe todas as possíveis dimensões do fenômeno jurídico.

5.4.5 Carl Schmitt , o decisionismo e o ataque ao positivismo normativista

Começemos por Schmitt, um dos mais poderosos “inimigos” da visão legalista-normativista de legitimidade kelseniana.¹⁰⁰⁴ A justificação do poder estatal é assunto de total relevância na primeira metade do Século XX na Alemanha, estando presente nas literaturas jurídica e política. Schmitt, como um dos mais importantes representantes dessa cultura política germânica do Século XX, propõe a análise de seu conceito de legitimidade com base no chamado “decisionismo”¹⁰⁰⁵, teorização controversa que lhe deu a fama de ser o principal nome do direito a conceder bases de sustentação jurídica ao regime nazifascista.¹⁰⁰⁶

A partir da etiqueta “decisionismo” se estabelece uma nova fórmula de justificação ao poder que não parece querer esconder seu autoritarismo. Para tanto, Schmitt estuda o comportamento das instituições estatais na situação de normalidade e demonstra deficiências do sistema de legalidade, desferindo uma crítica avassaladora tanto ao pensamento liberal, então em crise, como ao positivismo¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴ Vale, no entanto ressaltar que, como lembrado em KERVÉGAN, Jean-Francois. *¿Que hacemos con Carl Schmitt?*. Madri: Escolar y Mayo Editores, 2013, pág. 125, desde o começo de *Legitimidade e Legalidade*, Schmitt apresenta sua empresa como uma continuação do trabalho de Weber, mas suas análises constituem de fato uma inversão ao pensamento weberiano, com a crítica que elabora acerca da redução da legitimidade à legalidade típica das democracias parlamentares.

¹⁰⁰⁵ Conforme bem situado em SÁ, Alexandre Franco de. *O poder pelo Poder. Ficção e Ordem no combate de Carl Schmitt em torno do Poder*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009, pág. 205, “...todo direito, toda ordem jurídica, não pode deixar de ter, na base de sua vigência numa situação normal, a decisão que sugere como anterior a esse mesmo direito, como desvinculada da ordem jurídica a que dá origem, e cuja essência na sua anterioridade em relação ao direito, na sua desvinculação da ordem jurídica, se manifesta justamente na possibilidade de abertura de uma exceção à normalidade(...) todo direito é direito de situação(...) Tem de ser criada uma situação normal e o soberano é aquele que decide definitivamente sobre se este estado normal efetivamente domina.”

¹⁰⁰⁶ Em BORON, Atilio A.; GOZÁLEZ, Sabrina. In: *Filosofia Política Contemporânea. Controvérsias sobre a civilização, Império e Cidadania*. São Paulo: Departamento de Ciência Política Universidade de São Paulo, 2006, pág. 145-146, os autores lembram que à margem das contribuições teóricas que possa ter dado à ciência política, que entendem sobrevalorizada, ressaltam o fato de Schmitt jamais ter abjurado sua lealdade com o regime nazista. Também STRASSER, Carlos. *Schmitt, Carl*. In: *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*. Buenos Aires: Emecé, 2001, pág. 631, afirma que a citada fama de Schmitt foi originalmente produto daquele momento político tão particularmente receptivo a ideias autoritárias e antiliberais.

¹⁰⁰⁷ Em SCHMITT, Carl. *Il problema della legalità*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del “politico”*. Bolonha: Il Mulino, 2009, págs. 287-288, quando afirma que às transformações do direito em legalidade fez imediatamente seguir a transformação da legalidade em uma arma da guerra civil e essa transformação do direito em legalidade é uma consequência do positivismo.

(em especial ao de tipo lógico-dedutivista, mais precisamente ao normativismo kelseniano).¹⁰⁰⁸

Na verdade, em torno à possível extensão do §2º do Art.48 da Constituição de Weimar, acerca da competência da promulgação de decretos ao legislador extraordinário, que era concedida ao Presidente do Reich, estabeleceu-se enorme polêmica, que circunstancia algumas das principais ideias estabelecidas por Schmitt, e que passamos a apresentar de forma bastante sintética. Assim, Schmitt afirma a possibilidade jurídica do poder estabelecer o fundamento último de tudo que possui validade e valor jurídico na vontade, em uma decisão que está em grau de, por ela própria, enquanto decisão, criar direito.¹⁰⁰⁹ Nesse sentido, contra a visão normativistas kelseniana afirma que a força do direito não pode ser derivada da força jurídica de regras precedentes, já que mesmo uma decisão não proveniente de regras precedentes tem o condão de criar direito.¹⁰¹⁰

Para Schmitt, um normativismo consequente conduz à absurda hipótese de que a decisão adequada à norma deriva sua força jurídica de outra norma, enquanto a decisão contrária a essa norma deriva a sua força em si própria.¹⁰¹¹ Já em uma perspectiva decisionista, que defende, a fonte de todo o direito, ou seja, de todas as normas e de todos os ordenamentos sucessivos não é o comando normativo precedente (de natureza meramente legal), mas a autoridade ou soberania¹⁰¹² de uma decisão final, que, por sinal, é apenas instrumentalizada pelo comando normativo.¹⁰¹³

Por isso, para Schmitt, o direito é a lei, mas a lei é essa ordem da autoridade que decide sobre as controvérsias entorno ao direito (*auctoritas, non*

¹⁰⁰⁸ Como bem lembrado em KERVÉGAN, Jean-Francois. *¿Que hacemos com Carl Schmitt?*. Madri: Escolar y Mayo Editores, 2013, pág. 110, a crítica ao normativismo constitui o núcleo dos primeiros capítulos da primeira Teologia política de Carl Schmitt já em 1922. Porém, como bem lembrado em MORAIS, Carlos Blanco de. *Decisão, Decisores e Decisionismo*. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf>. Acessado em 05 de jul. de 2014, é um feroz adversário do positivismo normativo e do “decisionismo judicial” na garantia da mesma Constituição.

¹⁰⁰⁹ Em SCHMITT, Carl. *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del “politico”*. Bolonha: Il Mulino, 2009, pág. 261.

¹⁰¹⁰ Todavia, não deixa de ser interessante a posição em KERVÉGAN, Jean-Francois. *¿Que hacemos com Carl Schmitt?*. Madri: Escolar y Mayo Editores, 2013, págs. 114-115, quando o autor lembra que em um primeiro momento, na gênese da teoria decisionista, a decisão desempenha em Schmitt um papel comparável ao que a *grundnorm* exerce na teoria pura do direito kelseniana.

¹⁰¹¹ SCHMITT, Carl. *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del “politico”*. Bolonha: Il Mulino, 2009, pág. 261.

¹⁰¹² Em SCHMITT, Carl. *Definizione della sovranità*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del “politico”*. Bolonha: Il Mulino, 2009, pág. 33 o autor inicia seu texto com a seguinte assertiva: “Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”. Após, afirma ser este um conceito limite, ou seja, a sua definição não pode ser aplicada a um caso normal, mas em um caso “limite”. De toda sorte, bem fica demonstrado o papel alargado que possui o “soberano”schmittiano.

¹⁰¹³ SCHMITT, Carl. *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del “politico”*. Bolonha: Il Mulino, 2009, pág. 261-262.

veritas facit legem).¹⁰¹⁴ Assim, a decisão soberana não pode ser explicada do ponto de vista jurídico, com base a uma norma, ou a partir de um ordenamento concreto. Para o decisionismo é só a decisão que tem o condão de fundamentar, tanto a norma como o ordenamento. A decisão soberana é o princípio absoluto e o princípio absoluto não é outro que não a decisão soberana.¹⁰¹⁵ Nesse sentido, Schmitt distingue a decisão política e a norma, desvalorizando esta última, e no limite chega a considerar que uma decisão intrinsecamente soberana, como o estado de exceção¹⁰¹⁶, sendo jurídica, impõe-se e chega a poder operar sem vínculo à norma que a prevê.¹⁰¹⁷

Cabe ressaltar que, segundo Schmitt, o “conceito positivo de constituição” não pode identificar a constituição com o texto constitucional, já que “constituição” em muito difere de um dispositivo técnico ou de um conjunto de medidas organizativas. Trata-se de uma “decisão de conjunto” (*Gesamtentscheidung*) relativa ao tipo e à forma de unidade política. Isto significa que a constituição como um todo descansa sobre a decisão política fundamental do titular do poder constituinte e que deve seguir sendo fiel a ela, identificando-se uma ligação indissociável entre os termos “Constituição” e “Poder Constituinte”.¹⁰¹⁸

O povo manifesta seu poder constituinte por meio de qualquer decisão de conjunto, dirigida sobre o modo e a forma de anuência com a unidade política. Não sendo ele uma autoridade permanente, uma instância organizada, a forma ordinária pela qual se manifesta é a aclamação – quando se manifesta como opinião pública, exprimindo a voz de consentimento ou de repulsa. Podendo o povo dizer “sim” ou “não” (assentindo ou rechaçando), segundo Schmitt, em tempos de ordem e paz tais manifestações são raras e desnecessárias, já que esta ausência é eloquente no sentido de confirmar a subsistência da Constituição. Em tempos de crise, no entanto, um “não” representa a afirmação de uma decisão que se oferece como alternativa.

¹⁰¹⁴ SCHMITT, Carl. *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del “politico”*. Bolonha: Il Mulino, 2009, pág. 263.

¹⁰¹⁵ SCHMITT, Carl. *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del “politico”*. Bolonha: Il Mulino, 2009, pág. 264.

¹⁰¹⁶ Conforme em COUTINHO, Luís Pereira. *Os Pressupostos do Conceito de Estado em Carl Schmitt – Do Direito ao Político*. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf>. Acessado em 05 de jul. de 2014, “a exceção prova tudo porque releva daquele momento de imprescindível e inescapável atenção à “verdade efetiva das coisas”. Trata-se daquele momento que revela que o poder político não é suscetível de integral normatização, que assim revela que o conceito de Estado não se deixa pensar como conceito estritamente abstraído de normas ou correspondente a normas.”

¹⁰¹⁷ Conforme MORAIS, Carlos Blanco de. *Decisão, Decisores e Decisionismo*. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf>. Acessado em 05 de jul. de 2014.

¹⁰¹⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, págs. 93-103.

Em caso contrário, mesmo que o texto constitucional não tenha sido revogado formalmente, estamos diante de outra constituição¹⁰¹⁹. Este conceito positivo de constituição é para Schmitt o “espírito da Constituição”. Sendo que a legitimidade se mede pela conformidade com esse espírito ou com seu conceito positivo.

Em Schmitt, no que se refere à relação entre legitimidade e legalidade pode ser resumida da seguinte forma: a legalidade democrática vive de pressupostos que ela própria não é capaz de garantir e que, inclusive chega a comprometer. Embora, por diversas razões, isso vá leva-lo à justificação do estado de exceção, o que denigre a visão teórica por ele sustentada e cria um abismo entre os conceitos de legitimidade por ele pensados e aquele por nós sustentado (em um Estado Constitucional de Direito), vale a pena ressaltar, por fim um ponto forte na visão schmittiana: o fato de ter sabido reconhecer o caráter indissociável entre o jurídico e o político.

5.4.6 Hart e a força dos fatos

Herbert Hart, influenciado pela filosofia analítica de Austin, propôs em *The Concept of Law* uma sociologia descritiva que observa em seus mínimos detalhes a realidade social regida pelo direito. Como é natural deduzir, em um positivismo de base empiricista o peso da experiência e da factualidade são fundamentais na elaboração de um juízo de legitimidade. Em Hart, o direito é, acima de tudo, um fenômeno cultural que não é um fim em si mesmo.

Analisando o conteúdo, o modo de formação e o campo de aplicação das regras de direito, constata ele que toda ordem de direito comporta duas espécies de regras. As primeiras, “primárias”, são substanciais, já que ditam condutas e estabelecem obrigações; as segundas, “secundárias”, são instrumentais e habilitadoras, pois conferem poderes, públicos ou privados.¹⁰²⁰ Em sua concepção do direito, o importante não é tanto a complementaridade das regras “primárias” e

¹⁰¹⁹ Segundo, GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1987. pág. 86, a distinção entre a constituição e as leis constitucionais seria a seguinte: enquanto aquela é resultado de uma decisão única do poder constituinte, definidora de toda a unidade política, estas estão todas apoiadas no texto da Carta Magna, guardando conexões com as decisões fundamentais.

¹⁰²⁰ Em HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 89 e seguintes.

“secundárias”, mas sim a “textura aberta” do sistema do direito, que exige sua adaptação às figuras concretas e móveis da realidade social.¹⁰²¹

Em Hart, as condições da legitimidade jurídica não são visualizáveis somente pelo ângulo da regularidade lógico-formal, já que a produção de um ato pelo Poder Legislativo faz parte, como é evidente, dos critérios de reconhecimento de uma regra de direito¹⁰²². Porém, estes critérios também podem aceitar, como é natural em um sistema de *common law*, uma prática consuetudinária, um precedente jurisprudencial, ou até mesmo um texto doutrinário constitutivo de autoridade. No que diz respeito à questão da validade de uma regra de direito, se é verdade que a mesma só produz sentido dentro de dado sistema jurídico, sob a tensão de uma realidade específica (posição, inclusive, que temos defendido no âmbito deste trabalho), há de se buscar, então, as referências “reais”, ou seja, no âmbito empírico, já que as regras de um sistema jurídico, na qualidade de modelos de comportamento, devem orientar a prática dos sujeitos de direito.¹⁰²³

Para emitir um juízo de legitimidade no âmbito jurídico, é preciso, então, levar em consideração a eficácia prática do sistema. Essa eficácia decorre de um “juízo externo de fato” e se insere em uma perspectiva pragmatista e até mesmo utilitarista (o que vai, como se sabe, em direção à tradição anglo-saxã). Por esta razão, segundo Hart, os critérios da legitimidade jurídica, em última análise, devem ser postos em termos empirista-factualista, cuja tônica recai nas necessidades buscadas pela regra e nos fins materiais a que visa, em clara concessão ao pragmatismo.¹⁰²⁴

Hart não pretende minimizar a importância da constitucionalidade das leis ou do controle de constitucionalidade das regras em uma ordem de direito. Mas, ao se distinguir expressamente de Kelsen, não considera a “norma fundamental” como pressuposta, de natureza meramente lógica, pois constata que, em dado Estado, existe uma constituição, posta, positiva, que deve ser respeitada. Assim, para Hart, se há em toda norma um componente geral e abstrato ligado à forma lógica do direito,

¹⁰²¹ Sobre o tema da textura aberta HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 137 e seguintes.

¹⁰²² Em HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág. 114, o autor afirma que “dizer que uma norma é válida é reconhecer que a mesma passou por todos os testes facultados pelas regras de reconhecimento.” Sobre o tema, o mesmo foi analisado no item 3.2.2.1.

¹⁰²³ Em BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, págs.171 e seguintes, o autor trata da temática de relação entre os aspectos teóricos e o contexto fático que envolvem o sistema jurídico.

¹⁰²⁴ Conforme entende GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 1094.

não há como desconsiderar, por outro lado, um componente particular e concreto ligado a seu conteúdo real.¹⁰²⁵

Em vista disso, volta-se à questão das relações que o direito mantém com a política e a moral. Portanto, se o filósofo que se interroga sobre a legitimidade jurídica não pode desprezar a relação entre um ato de direito e a experiência concreta na qual ele se aplica, não pode fugir, igualmente, ao exame da relação que todo ato de direito possui com os ideais e os valores, nem que para tanto seja considerado um conteúdo moral mínimo.¹⁰²⁶ A “neutralidade axiológica”, no caso, é impossível. A legitimidade jurídica é irredutível ao desencadeamento de uma mecânica lógica, muda e sem juízo de valor.

5.4.7 A legitimidade segundo a visão bobbiana

Em Bobbio, em um enfoque de dimensão política é possível compreender a legitimidade como sendo um possível atributo do Estado, que consistiria na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência da norma sem que para isso seja necessário recorrer ao uso da força¹⁰²⁷, a não ser em casos esporádicos.¹⁰²⁸ Busca-se superar a mera obediência, transformando-a em adesão, que faz da crença na legitimidade o elemento integrador nas relações de poder no âmbito do Estado.¹⁰²⁹

Outro ponto de grande importância na análise bobbiana refere-se à impossibilidade da neutralidade axiológica no juízo de legitimidade. Norberto Bobbio,

¹⁰²⁵ Pode-se deduzir esta afirmativa a partir da visão constante em HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág.148, quando tratando da conduta aberta afirma que “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta que devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, caso a caso.

¹⁰²⁶ Embora em HART, Herbert L.A. *El positivismo y la separación entre la el derecho y la moral*. In: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma, 1962, pág. 53 o autor, um pouco deslocado de sua natural posição positivista, afirme existir uma conexão necessária entre direito e moral ao constatar que todo sistema jurídico para ser viável, deve incluir necessariamente regras que proíbam o uso da violência e regras que constituam a forma mínima de propriedade, de onde se poderia concluir que os princípios morais básicos proíbem o homicídio, a violência, o roubo, a posição que o consagrou em famoso debate com Dworkin é diversa. Nesta, a conexão defendida por Hart entre direito e moral é apenas contingente, não se vislumbrando conexões conceituais necessárias, com o que não concorda Dworkin. Este vincula direito e moral, inadmitindo que o direito possa assumir uma posição amoral ou imoral. Por isso, entende que sistemas jurídicos que aceitam normas amorais ou imorais seriam “pré-jurídicos”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, págs. 126-129.

¹⁰²⁷ Nesta direção em BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995, pág. 77.

¹⁰²⁸ Em BOBBIO, Norberto. *Legalidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.) *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 675.

¹⁰²⁹ Em LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.) *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004, pág. 675.

parece assumir a posição de que o apego à forma não pode ser o fundamento exclusivo da legitimidade jurídica. Embora, como já afirmado de forma reiterada neste trabalho, Bobbio se inclua nas fileiras positivistas, entende ser de primordial importância desmitificar os procedimentos logicista-legalistas (até mesmo porque não está nas fileiras normativistas), revelando o valor de justiça que dá sustentação ao direito.

O pensador italiano percebe que o problema da legitimidade é um problema de justificação do poder¹⁰³⁰ e retira da tradição seis critérios de legitimidade: o princípio teocrático, o apelo à natureza como força originária; a tradição, o princípio democrático do consenso, o apelo à natureza ideal e o progresso histórico.¹⁰³¹ Para Bobbio, essas linhas de justificação servem para rebelar-se contra as normas impostas por um governo despótico, contra uma potência colonial ou imperialista, contra um sistema econômico ou político considerado injusto ou opressivo.¹⁰³²

Bobbio também faz velada crítica a posições positivistas que tentam aproximar o conceito de legitimidade ao de efetividade. Enquanto as teorias precedentes ao positivismo defendiam formas de sustentação ética para o exercício do poder, algumas visões positivistas (Kelsen, à frente, como um dos mais autorizados defensores da tese) entenderam que só o poder efetivo era legítimo, invertendo a visão até então presente de que a efetividade é que dependia da legitimidade. Sob esta perspectiva, a legitimidade é um puro e simples estado de fato.¹⁰³³

Embora a posição de Weber se aproxime desta acima, Bobbio o “absolve dos pecados cometidos pelos segmentos positivistas”, ou seja, afastar do

¹⁰³⁰ BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995, pág. 77-79. Nesta via, percorre a temática a partir da visão construída pela tradição. Aborda as visões de Platão (utilizando a posição de Sócrates) e Rousseau (a defesa de que o poder não pode se fundamentar na força); passa por Santo Agostinho (quando lembra que o grande filósofo cristão teria colocado a célebre questão de distinguir o poder político do poder de um bando de ladrões), por Bodin (quando faz referência à definição de Estado em Bodin como “governo justo”, lembrando que para tal o filósofo francês teria utilizado a expressão latina *legitimus*), e mesmo por Hobbes (quando este defende que para a manutenção da segurança dos súditos é necessário que o soberano, pessoa física ou assembleia, detenha legitimamente o poder). Faz ainda referência a Locke (que embora tenha afirmado que o principal dever do governo seja o de garantir os direitos naturais por meio da força, a verdade é que o Estado, para Locke, teria surgido do consenso, em sua visão contratualista) e a Burke (que defende que a referência histórica constitui um típico critério de legitimação). Lembra, ainda, as posições de Gaetano Mosca, que em sua fórmula política reconhecia como fundamento moral e legal para o exercício do poder somente dois tipos de autoridade: aquela vinda de Deus e aquela vinda do povo.

¹⁰³¹ BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995, pág. 81-82.

¹⁰³² Nesta linha, em BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995, pág. 82, o direito de resistência ou rebelião se fundamenta na falácia de legitimidade das normas estatais.

¹⁰³³ Em BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995, pág. 82. Segundo o autor, por esta linha um ordenamento é legítimo até que os destinatários das normas deixem de cumpri-lo, aderindo a um outro ordenamento alternativo. Só neste caso estaríamos diante da possibilidade de afastamento do ordenamento ilegítimo.

conceito de legitimidade a sua dimensão axiológica. Para tanto, asseverou que Weber não teve a pretensão de apresentar “fórmulas políticas”, mas apenas se propôs a estudar quais eram as diversas razões pelas quais se formavam, em determinadas sociedades, relações estáveis e contínuas de comando–obediência que caracterizam o poder político.

A pretensão de Weber foi a de mostrar quais foram até aquele momento histórico (primeira metade do Século XX), os fundamentos reais do poder político. Neste sentido, Bobbio afirma que tanto a tradição, como a racionalidade do poder são, por um lado, um motivo de obediência, mas por outro lado, servem também como fundamento de legitimação, de forma a ser difícil definir onde começa um e termina o outro.¹⁰³⁴

5.4.8 A legitimidade em Habermas e o papel mediador do Direito

O pensamento habermasiano, é um dos pontos fulcrais para nosso estudo acerca da legitimidade, por ser uma das principais vias de análise do tema na contemporaneidade, principalmente a partir de sua compreensão acerca da democracia. Isso não quer significar que assumamos todas as suas teorias ou a assumamos em toda sua extensão, mas é inegável que algumas dessas concepções ajudam a avançar largamente, não apenas na definição de legitimidade por nós assumida, mas na relação privilegiada que o conceito mantém com o direito na visão aprofundada que Habermas imprime.

A partir da década de 1980, Habermas passa a defender suas posições com base em uma teoria de fundo por ele mesmo desenvolvida, a chamada teoria do agir comunicativo¹⁰³⁵. Ela, ao contrário da figura clássica da razão prática não é uma

¹⁰³⁴ BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995, pág. 84.

¹⁰³⁵ Contrapondo-se a uma teoria do agir estratégico e como bem situado em BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 109 e 110, embora também na ação comunicativa os interesses individuais sejam mantidos, não é o êxito fator determinante para a ação do indivíduo. Nela, o ato de entendimento e a harmonização das intenções individuais é a melhor forma de garantia do êxito pessoal. Por isso a ação comunicativa é central no âmbito de toda teoria moral habermasiana. Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 19, Habermas deixa bem clara essa posição ao afirmar que lançando mão do agir comunicativo substitui a razão prática pela comunicativa. Aliás, mesmo antes, no próprio prefácio da obra (pág. 10), o autor afirma que analisará alguns pontos da relação entre facticidade e validade envolvendo aspectos básicos da teoria do agir comunicativo. Também nesta direção, MACERATINI, Ariana. *Discorso e Norma. Profilo filosofico-giuridico di Jürgen Habermas*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, págs. 93 e seguintes quando a autora, após analisar o agir comunicativo habermasiano, compara-o ao agir jurídico. Também é abordada a temática

fonte de normas do agir¹⁰³⁶, e não está adstrita a nenhum ator singular ou mesmo algum macrossujeito sócio-político. A teoria do agir comunicativo se sustenta em um *telos* linguístico do entendimento, que procura encontrar concomitantemente as condições possibilitadoras e as condições limitadoras que regem o debate entre sujeitos que buscam o entendimento consensual.¹⁰³⁷

No campo da prática retoma o tema clássico da unidade da razão prática, a partir da Teoria do Discurso¹⁰³⁸, evitando uma antinomia entre uma visão absolutista (afastando-se de fundacionismos metafísicos) e uma visão relativista (configurada em historicismo exacerbado). Assim, a sua teoria discursiva se articula entre os princípios universais de justiça e as concepções particulares de bem, a partir de uma discursividade racional.¹⁰³⁹ O objetivo principal neste sentido é conjugar a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos¹⁰⁴⁰ (autonomias pública e privada), de modo a assegurar o vínculo interno entre soberania popular e direitos humanos, mas também proporcionar uma justificação do Estado de direito democrático no qual direitos humanos e soberania popular desempenham papéis (necessariamente) complementares.¹⁰⁴¹

Habermas, ao interligar diversas áreas do conhecimento pelas vias filosófica e sociológica, invade a esfera da análise jurídica, principalmente a partir das

em MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pág. 103.

¹⁰³⁶ Referimo-nos à razão prática típica da Modernidade, vista como faculdade subjetiva, em contraposição à aquela estabelecida no período pré-moderno, vista como objetividade (a vida cultural, a política, etc...). Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág.17.

¹⁰³⁷ Os participantes do debate são aqueles que se abrem à intelecções criticáveis, abertas ao esclarecimento argumentativo, conforme deixa-se claro em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 20.

¹⁰³⁸ É o princípio do discurso, segundo consta em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 159, que torna possível examinar a legitimidade das normas de ação. Como lembrado em CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, pág. 134, para Habermas, como não é possível sair dos limites da linguagem, a busca por uma fundamentação última da verdade é absolutamente vã. Essa é uma questão que permeia seu debate com Apel, e que está presente em HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. SAVIDAN, Patrick (Org. e Int.); 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 59. Ainda sobre esta discussão Habermas-Apel (a fundamentação última) ver ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs. 68 e seguintes.

¹⁰³⁹ Entendendo-se por discurso racional toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que esse discurso se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre para argumentar, expor, responder, replicar, refutar, fundamentar, justificar, explicar, complementar, resumir, corrigir, etc. Nesta direção, HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 142.

¹⁰⁴⁰ Nos termos colocados no famoso ensaio de COSNSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. In: *De l'esprit de conquête et l'usurpation*. Paris: Flammarion, 1986, págs. 265-291.

¹⁰⁴¹ Conforme ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilio; SAHAD, Luiz Felipe N. De A. E S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, págs. 228-229.

relações que estas mantêm com campos da política e da moral¹⁰⁴². Sendo hoje considerado um dos mais influentes pensadores para o desenvolvimento de teorias jurídico-políticas da atualidade, seu pensamento estabelece especial relevo no universo de discussão jurídico-constitucional (inclusive de forma acentuada no contexto brasileiro¹⁰⁴³), principalmente a partir de sua obra denominada “Direito e Democracia - entre facticidade e validade”¹⁰⁴⁴.

Embora não sendo o único, este é o trabalho “jurídico-político” mais importante de Habermas e uma de suas obras mais influentes¹⁰⁴⁵, sendo relevante para nossos propósitos, desde logo, levantar, a partir do próprio título da obra, alguns dos objetivos do filósofo. O que poderia desde logo auxiliar na transmissão de clareza quando se referencia “facticidade e validade”, não atinge esse objetivo em razão de um motivo tantas vezes apontado neste trabalho: no mundo linguístico, um único significante pode, por vezes, gerar uma grande diversidade de significados. No caso específico, a dificuldade acentua-se em razão da própria pretensão de Habermas, que parece querer estabelecer um conceito para validade que vá além dos limites impostos pela tradição weberiana e mais ainda do que aquele pensado por Kelsen.

Dentro da linha de entendimento até aqui exposta, principalmente nos Capítulos 3 e 4, as expressões usadas por Habermas poderiam sugerir uma relação entre a validade como juridicidade e a facticidade como eficácia social.¹⁰⁴⁶ Não é o caso, pois seria uma simplificação que pode nos levar a equívocos insuperáveis. No desenvolvimento da obra em comento, Habermas vai nos indicando que o seu

¹⁰⁴² Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 20, explica que a razão a ser usada é a comunicativa e não a razão prática, explicando que o que define a razão comunicativa é exatamente o *telos* linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir, possuindo conteúdo normativo somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual.

¹⁰⁴³ Há inúmeros autores mais vinculados ao pensamento jurídico que se tornaram grandes estudiosos do pensamento jurídico-político habermasiano, seja para apoiar seja para tentar desconstruir suas posições teóricas, entre eles STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. Algumas das posições defendidas por estes autores serão apresentadas no decorrer deste capítulo.

¹⁰⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I e II, sendo originária de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1992.

¹⁰⁴⁵ Conforme PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, pág. 139, quando o autor lembra que o tema já havia sido objeto das preocupações de Habermas em HABERMAS, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1976 e HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1981. Segundo o autor acima, na pág. 140 da obra referenciada *Direito e Democracia* poder ser considerada a obra mais importante de Habermas após a Teoria do agir Comunicativo.

¹⁰⁴⁶ Como foi estabelecido no decorrer dos Capítulos 3 e 4.

enfrentamento é em busca da relação entre a eficácia social da norma jurídica (em âmbito da validade como juridicidade estrita) ¹⁰⁴⁷ e um tipo de validade que se pretende legítima, não porque seja meramente legal, mas porque exige, para sua identificação como válida, outras qualidades.

Melhor elucidando: o campo da facticidade em Habermas é o plano do mundo concreto, dos fatos, das coisas como elas são, cuja dimensão do êxito é observada e buscada no real. Nela, os sujeitos agem estrategicamente (razão de tipo estratégica, identificada mais frequentemente com o positivismo¹⁰⁴⁸), mas que é cego para questões de certo/errado (daí considerarmos que só podemos coadunar esta perspectiva com o que chamamos nos capítulos anteriores de validade se entendermos o conceito sob uma ótica positivista). No mundo da facticidade, a percepção do sujeito é a de que o direito é um ato de poder, que deve ser obedecido sob pena de aplicação de uma sanção.¹⁰⁴⁹

Por outro lado, no âmbito da validade (aqui ainda sob a orientação terminológica habermasiana), estamos no plano ideal, das normas que se reconhecem como importantes, dos valores que justificam escolhas, das utopias que se reconhecem como inspiradoras e que justificam as instituições existentes. Este tipo de validade pressupõe o que estamos chamando neste trabalho de legitimidade. Ou seja, nossa percepção é a de que Habermas tentou analisar o direito como um meio de integração social que não se satisfaz com a mera conformidade entre a conduta dos destinatários da norma e os dispositivos legais impostos pelo Estado. Para além disso, essa conduta deve se dar em conformidade com uma adesão interna à norma (e, naturalmente, ao seu conteúdo). Como isso pode ocorrer, veremos mais adiante.

Assim, são características de normas jurídicas bem sucedidas no campo da facticidade, aquelas que geram obediência por interesse do agente, que age de forma calculada (a partir do uso de uma razão calculadora, pragmática), mas não necessariamente por aderência interna, psicológica, ao comando normativo. Já no âmbito da validade (legitimidade), as normas bem sucedidas são aquelas que em

¹⁰⁴⁷ Apesar do tema ser central na perspectiva jurídica de Habermas, ele não é tratado pelos juristas. A exceção está em MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, págs. 121-122, quando o autor parece ir na mesma direção que nos posicionamos, principalmente no que se refere ao campo da facticidade. No campo da validade/legitimidade, o autor já vai um pouco mais adiante na versão habermasiana quando trata também da resgatabilidade discursiva da pretensão de validade normativa, ou seja, é o entendimento que leva à legitimidade.

¹⁰⁴⁸ Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág.51, quando faz referência à obra *Recht –Moral –Ideologie* de Ralph Dreier.

¹⁰⁴⁹ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág.45.

razão da correção de seu conteúdo conseguem mais que a mera obediência, mas também a adesão interna daqueles a quem se dirigem as normas. Feito esse breve esclarecimento, passamos a estabelecer algumas das premissas habermasianas no seu propósito de estabelecer a relação entre direito e legitimidade.

5.4.8.1 A forma e função do direito moderno: o direito como mecanismo de integração social

Antes de adentrarmos mais propriamente na questão referente à legitimidade, parece-nos importante realçar uma questão já superficialmente posta acima, mas que é de grande relevância neste contexto. Trata-se da função do direito como mecanismo de integração social. Segundo Habermas, é o direito o único meio integrador que resta a uma sociedade marcada por uma plural concepção de bens, na linha dos ensinamentos rawlsianos.

Neste sentido, ainda segundo Habermas, nestas circunstâncias de pluralidade exacerbada, a integração social não é pode ser gerada pela economia (como costumam afirmar os economistas e os propagandistas da globalização), pela religião (principalmente em países que adotam a liberdade religiosa), pelas administrações (organizadas em torno de uma grande e complexa burocracia), pela política (categoria normal para o entendimento na esfera pública) ou pela comunicação face a face ou pelo compartilhamento de valores (como entenderiam os comunitaristas). Nas circunstâncias das sociedades contemporâneas a integração social só pode ser gerada pelo direito e sua forma jurídica, pois é ele compreendido como um complemento funcional da moralidade pós-tradicional, compensando vários de seus déficits, tais como a indeterminação cognitiva e a incerteza motivacional¹⁰⁵⁰.

São motivos apontados por Habermas para que a forma jurídica seja indigitada como aquela capaz de integrar as sociedades modernas pluralizadas, diferenciadas e complexas, pelo menos quatro motivos:

1ª) O direito, em sociedades como as nossas, proporciona a garantia de igual distribuição de direitos subjetivos entre todos, o que corresponde a uma estrutura de tomada de decisão descentralizada;

¹⁰⁵⁰ Conforme ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 231.

2º) - O direito é promulgado por um agente legiferante político, mas é implementado por uma autoridade administrativa com poderes para obrigar o cumprimento da norma;

3º) a obrigatoriedade do cumprimento da norma jurídica (imperatividade), a partir da ameaça de sanção, em razão da legalidade do comportamento exigido, como decorrência natural das sociedades modernas em que as normas jurídicas não estão mais submetidas a uma moralidade dominante, que seja compartilhada pelo conjunto da população;

4º) - o direito traz uma espécie de estabilização das expectativas normativas dos membros de uma comunidade política (segurança jurídica), em que os cidadãos aceitam as normas jurídicas a eles endereçadas, desde que consideradas como legítimas.

O que Habermas pretende afirmar é que os cidadãos não estão mais dispostos a seguir mandamentos que não estejam fundamentados em “boas razões”, ou seja, em normas legítimas.¹⁰⁵¹ O problema, como se vê, é como é possível o poder político encontrar “boas razões” (transformáveis em normas jurídicas) que satisfaçam um grupo social que, embora largamente dividido em concepções de vida (morais, filosóficas e religiosas) tão diversas, sintam comprometidos com as mesmas. É o que autor alemão tenta solucionar através da legitimidade, como atributo da validade.

5.4.8.2 A legitimidade em Habermas

Enquanto o Positivismo, como foi visto, tentou descobrir a legitimidade pela legalidade, o Jusnaturalismo, defendeu a tese de que a legalidade é uma decorrência natural da legitimidade. Para Habermas, embora ambas as posições sejam insuficientes, são, porém, complementares. Essa percepção levou o intelectual alemão a concluir que a legitimidade do Direito não deve nem ser assimilada por aquilo que alguns chamariam de moral social (no sentido de um conjunto de valores tidos como hegemônicos em uma dada sociedade e, portanto, mais correlacionado, na

¹⁰⁵¹ O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal. Somente é para aqueles que veem o sistema de direito como algo que se legitima a si próprio. Em Habermas a forma jurídica em si é insuficiente, pois necessita do princípio do discurso para caracterizar um verdadeiro Estado de Direito Democrático. Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 165 e seguintes.

linguagem habermasiana com o que o mesmo denomina por eticidade)¹⁰⁵², mas tampouco deve ser o direito completamente separado da moral.¹⁰⁵³

A razão disso é que o direito positivo é um complemento funcional de uma moral pós-tradicional que, por definição, é uma moral fraca, típica das sociedades pluriculturais¹⁰⁵⁴. Por isso, enquanto tiver o Direito de responder à pretensão de legitimidade, não perde seu valor moral (universal), tendo em vista que não basta que a norma seja somente cumprida (com o que se satisfaria uma linha positivista mais radical), necessitando que, além do mero cumprimento, o propósito de sua presença e permanência no sistema jurídico seja justificável, o que implica na busca pela correção do enunciado normativo. Como se pode observar, a questão central da legitimidade em Habermas é abordada por meio da racionalidade jurídica (no âmbito da teoria discursiva), assegurada pelo vínculo estabelecido entre a autonomia privada e a autonomia pública de cidadãos integrados socialmente através do agir comunicativo.¹⁰⁵⁵

Assim, para poder exercer plenamente sua função sócio integrativa, o direito tem de ser legítimo, visto que um direito ilegítimo não consegue se impor, a não ser por um tempo, com o uso abusivo e desproporcional da força (ilegítima). Como ponto inicial e, certamente, central da discussão acerca da validade/legitimidade na perspectiva habermasiana, informamos que o tema é examinado, obrigatoriamente, pelas razões que externaremos abaixo, sob duplo olhar, ou seja, sob a perspectiva da soberania popular e sob a perspectiva de direitos humanos (ou direitos fundamentais, como parece preferir Habermas).

5.4.8.3 A soberania popular e a autonomia pública

¹⁰⁵² Talvez fosse o caso de utilizar, no âmbito do significado dado por Habermas, a palavra eticidade, que segundo o autor em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 131, informa que as considerações éticas estão orientadas pelo *telos* de minha e/ou nossa vida boa ou não fracassada. Já as perspectivas morais, em sentido mais estrito em Habermas, está distanciado de todo ego ou etnocentrismo.

¹⁰⁵³ Como informa HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 131. No horizonte de uma fundamentação pós tradicional, o indivíduo singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela autodeterminação, o que iria desaguar na constituição de uma sociedade justa.

¹⁰⁵⁴ Ao contrário de uma moral (forte) de sociedades tradicionais ou mesmo sociedades teocêntricas.

¹⁰⁵⁵ Ou como afirma HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madri: Taurus, 1988, tomo I, pág. 46, empreendendo uma busca cooperativa da verdade. Nesta direção, ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 232.

No que se refere à legitimidade em termos de soberania popular, a mesma é obtida por meio de um procedimento democrático, decorrente dos direitos à comunicação e participação que garantem a autonomia pública aos cidadãos.¹⁰⁵⁶ Em um arranjo comunicativo, como participantes de discursos racionais, os parceiros de direito devem examinar se uma norma controvertida encontra, ou poderia encontrar, o assentimento de todos os possíveis atingidos.¹⁰⁵⁷ O direito só é legítimo quando seus destinatários são, ao mesmo tempo, seus autores. Ou seja, a teoria do discurso que fundamenta a legitimidade em Habermas se baseia na intuição, já percebida em Rousseau, de que o reconhecimento dos indivíduos como pessoas responsáveis consiste em tomá-las seriamente como agentes que podem e devem ter voz na validação de normas e leis as quais eles próprios estão sujeitos.¹⁰⁵⁸

Assim, a democracia é um tema que se coloca também em termos jurídicos, pois em Habermas as normas jurídicas somente podem ser produzidas por intermédio de um procedimento democrático. Direito legítimo, direito justo e direito produzido democraticamente formam todos uma só unidade.¹⁰⁵⁹ Entre as instâncias legislativas legítimas (que têm suas atuações regulamentadas pelo direito) e a esfera pública (que é livre de regulamentação) há, então, uma relação de *feedback*, pois no paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública é tida como antessala do complexo parlamentar¹⁰⁶⁰ e como periferia que inclui o centro político na qual se originam os impulsos.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁶ Em GIANCOMANTONIO, Francesco. *Introduzione al pensiero politico di Habermas. Il dialogo della ragione dialogante*. Milão: Mimesis, 2010, pág. 35, afirma-se que a partir de Direito e Democracia, o pensamento de Habermas vai progressivamente estruturando uma teoria política geral, uma teoria democrática, uma teoria docosmopolitismo, do Estado, da cidadania e do multiculturalismo.

¹⁰⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 138.

¹⁰⁵⁸ Conforme bem sintetizado em ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 234. De toda sorte, não se pode perder de vista, como bem afirmado em OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 60-61, por mais paradoxal que seja, é possível, no modelo rousseauiano, ser coagido à "liberdade", ideia que bem pode vir a fundamentar democracias totalitárias, no sentido em que implicitamente autoriza o desrespeito aos direitos de expressão das minorias, quer quanto as suas divergências, quer quanto as suas diferenças. Na mesma direção, em PREUSS, K. Ulrich. *Os elementos normativos da soberania*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 169, o autor ressalta ser o engano genial de Rousseau a ideia de que aquele que fosse obrigado a demonstrar obediência à *volonté générale*, na verdade estaria sendo coagido à liberdade, sem que isso significasse estar sofrendo qualquer violência.

¹⁰⁵⁹ Nesta direção em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, pág. 181, quando define o Estado Democrático de Direito como "a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito."

¹⁰⁶⁰ Aqui estabelecida como uma esfera "pública forte", ou seja, as corporações parlamentares e outras instituições formalmente organizadas do sistema político. Mas como bem situa ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo;

Por outro lado, a legitimidade baseada em termos de direitos humanos concede fundamento ao domínio das leis na medida em que estas garantem aos cidadãos de uma sociedade a vida e a liberdade privada, ou seja, o espaço de ação para a realização dos seus próprios planos de vida. Para Habermas é esse o modo próprio de legitimar do individualismo liberal¹⁰⁶², que elege os direitos humanos como proteção de uma esfera inviolável dos sujeitos privados contra os perigos de possíveis excessos da soberania popular¹⁰⁶³, tentando evitar os problemas que uma perspectiva democrática radical rousseauiana poderiam causar.

A partir de uma perspectiva unilateral das argumentações, ambas as posturas (soberania popular e direitos humanos) não adverte seu caráter complementar. Porém, já em Kant (e também em Rousseau) era observável a possibilidade de assegurar, de forma harmônica, a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito da sua vida privada, como também no âmbito da cidadania.¹⁰⁶⁴ A pergunta que surge, então é a seguinte: de que forma ficam vinculados direitos individuais e soberania popular? Para Habermas, tanto Hobbes como Locke não teriam enfrentado a questão da forma correta, pois o problema não está em saber quem, o quê e como pactuam a constituição de uma sociedade que assegura os direitos pessoais e estabelece a soberania. A questão que se deve procurar solucionar é a seguinte: quais são os direitos fundamentais que os cidadãos livres e iguais devem se outorgar reciprocamente, a fim de regular legitimamente suas vidas em comum pela via do direito positivo?

A ideia básica do paradigma procedimentalista do direito, ou seja, a “co-originalidade” das autonomias privada e pública torna-se particularmente eficaz na concepção habermasiana dos direitos fundamentais. Trata-se de reconhecimento

AGUIAR, Odilio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, pág. 233, há uma divisão de trabalho entre duas instâncias da esfera pública: a “forte”, acima comentada e a “fraca”. Esta última abrange as associações privadas, instituições culturais, grupos de interesse com preocupações públicas, igrejas, instituições de caridade, etc.

¹⁰⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, pág. 186.

¹⁰⁶² Como afirmado em PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, pág. 141, em *Direito e Democracia* Habermas se despede definitivamente de posições marxistas e assume um liberalismo político que se fundamenta em uma democracia liberal, mais que radical.

¹⁰⁶³ Nesta direção, em HABERMAS, Jürgen. *Acerca de la legitimación basada en derechos humanos. In: Em la constelación posnacional*. Barcelona: Paidós Iberica, 2000, págs. 150-151.

¹⁰⁶⁴ Conforme em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 128, quando o autor afirma que em Kant e Rousseau, “existe uma não confessada concorrência entre direitos humanos, fundamentados moralmente, e o princípio da soberania do povo”. Todavia, entendemos que, se em Kant é mais fácil localizar a linha privada de autonomia, em Rousseau, enquanto a autonomia pública parece se externar de uma forma bem mais contundente, pois a defesa de um republicanismo participativo parece levar a uma visão na qual a vontade das maiorias – vontade geral – submete a vontade das minorias.

recíproco de sujeitos que cooperam,¹⁰⁶⁵ e que se reconhecem reciprocamente como membros livres e iguais de direito ¹⁰⁶⁶. Neste sentido, é possível perceber uma conexão clara entre o exercício da soberania popular e a criação de um sistema de direitos colocando a questão nos seguintes termos: “podem pretender legitimidade as regulamentações nas quais todos os possíveis afetados possam estar em acordo como participantes de um discurso racional” ¹⁰⁶⁷

Por essa posição, quando os participantes em comum decidem fazer uso do direito a viver livremente sob leis políticas pela mesma resolução, concomitantemente passam a formar uma associação de homens livres e iguais que vivem em uma comunidade.¹⁰⁶⁸ Por isso, a finalidade da democracia deliberativa está intimamente relacionada à sua própria origem. Segundo Habermas, uma associação de indivíduos livres e legisladores originam uma sociedade democrática autônoma, de tendência pluralista e cosmopolita.¹⁰⁶⁹ Daí que a interpenetração entre a autonomia pública e a autonomia privada se dê de maneira necessária. Elas (as autonomias pública e privada) nascem no momento em que os indivíduos, postos a discutir, deliberam, acordam, opinam e pactuam.¹⁰⁷⁰ Neste sentido, parece que é hora de tratarmos de forma mais detida dos direitos fundamentais, relacionando-os com a democracia.

5.4.8.4 O papel dos direitos fundamentais na legitimação do direito

Já deixamos evidente nas linhas precedentes que a legitimação do Direito está condicionada à realização da democracia. Todavia, o ceticismo em relação à suficiência de uma democracia de cunho meramente formal para conferir respostas justas e adequadas às demandas emergidas do Estado Constitucional de Direito fez com que um importante segmento doutrinário estabelecesse a distinção entre

¹⁰⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 120

¹⁰⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 121. Nessa linha, em outra obra (HABERMAS, Jürgen, *Acción Comunicativa y razón sin transcendência*. Buenos Aires: Paidós, 2003, pág. 29, Habermas assevera que a “A comunidade de investigadores idealmente ilimitada constitui o foro para o tribunal supremo da razão.”

¹⁰⁶⁷ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, págs. 142 e seguintes.

¹⁰⁶⁸ Como bem afirma SEGOVIA, Juan Fernando. *Habermas y la democracia deliberativa. Una “utopia” tardomoderna*. Madri: Marcial Pons, 2008, pag. 63, basta com a vontade comum de viver livremente para que a autonomia individual se conjugue com a política, não é necessária nem a lei natural, nem o pacto social, pois a mesma decisão é constituinte ou constitucional.

¹⁰⁶⁹ Aqui Habermas parece deixar clara sua posição mais próxima ao liberalismo em detrimento a uma posição comunitarista.

¹⁰⁷⁰ Nesta linha, HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 138.

democracia formal e democracia substancial¹⁰⁷¹. Essa teorização acaba por auxiliar-nos no processo de conexão entre soberania popular e direitos fundamentais, conforme veremos.

A primeira, consolidaria a clássica expressão *soberania popular*, em seu sentido mais basilar, ao representar o mecanismo formal das escolhas normativas voltadas a regular a vida sócio-política de uma comunidade. Deste modo, a democracia formal prega que todo poder emana do povo, e, por tal razão, o procedimento a ser adotado para veiculação das opções de mencionada natureza deve dar voz exclusivamente aos cidadãos, descartando qualquer vertente de índole autoritária neste processo. O conjunto de cidadãos¹⁰⁷² é o responsável por deliberar os pilares e os rumos sócio-políticos daquela determinada sociedade, mediante a adoção de um procedimento previamente convencionado para tal fim. A democracia formal resguarda este componente: processo político estabelecido por atos normativos que garantam a liberdade de decisão do povo.

Já a democracia substancial, em contraposição àquela formal, não se contenta com um olhar exclusivamente procedimental. Certos elementos de índole material também a estruturam organicamente. O povo não é livre para decidir sobre todo e qualquer conteúdo, eis que esta modalidade impõe vínculos de caráter material ao processo de deliberação política, para que este ocorra de forma legítima. Necessidades avultosas, substanciais, vitais, cuja satisfação seja condição para a vida saudável e para a convivência social – já que esta é a causa ou razão social do artifício, que é o Estado¹⁰⁷³ -, como pré-requisitos que são para a realização do processo democrático justo, consideram-se intocáveis pelo debate político.

Assim, a democracia, vista em sua integralidade¹⁰⁷⁴ (aspectos materiais/formais), somente estará plenamente realizada se estiverem presentes também elementos de caráter substancial, ou seja, se, em paralelo ao colocado anteriormente, restarem consagradas, e, necessariamente, intocadas algumas matérias que concorrem em grau de importância com a visão procedimental exposta. Observa-se, então, que há uma dupla leitura teórica para o fenômeno aqui colocado:

¹⁰⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*. 2. Roma: Laterza, 2007, pags. 7/9.

¹⁰⁷² Alertas são consignados no sentido de que o povo não constitui um macro sujeito, terminar

¹⁰⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, La ley del más débil*. 2ª ed. Madri: Trotta, 2001, p. 51, assim identifica estes conteúdos indisponíveis ao debate democrático formal.

¹⁰⁷⁴ No plano concreto, a democracia permite uma avaliação de sua realização em graus. Não se trata, portanto, de um conceito absoluto. Ferrajoli, por exemplo, entende que quanto maior o respeito da igualdade em um Estado, maior será seu nível democrático. A palavra integralidade aqui colocada observou um viés analítico, já que entendemos que ela é a junção da democracia formal e substancial.

(1) enquanto correspondem a travas materiais para o debate político, que seriam próprio da democracia, estes limites estão inseridos na própria ideia, ou melhor, conceito de democracia. Daí, falarmos em democracia material, já que a ideia em si de democracia somente se perfaz com a junção destes dois aspectos.

Por outro lado, nos valendo de uma leitura paralela e possível, (2) poderíamos justificar esta nomenclatura pela qualidade que os direitos fundamentais assumem de verdadeira condição para a realização da democracia em si. Sem a sua observância, os resultados de debate político seriam frutos de uma pseudodemocracia, já que nem todas as pessoas submetidas àquela ordem jurídica teriam voz, e, conseqüentemente, participação ativa no processo de deliberação política, o que levaria a que a autonomia pública não fosse respeitada. As decisões seriam decisões de alguns, que imporiam a outros as suas preferências das mais variadas ordens. Deste modo, a democracia é substancial, porque conteúdos prévios garantem a concretização da democracia em sua essência. Estes vínculos assumem, portanto, o *status* de pressupostos democráticos.

Independentemente da leitura que se adote, a ideia de democracia substancial revela estrita consonância com o modelo de Estado Democrático (Constitucional) de Direito¹⁰⁷⁵, instituído pelas constituições ora vigentes no mundo ocidental - ainda que oscilações de graus possam ser diagnosticadas - quando confrontamos ordens constitucionais distintas.

Entretanto, o ponto comum que se verifica em todos estes ordenamentos é que somente os direitos fundamentais possuem o poderio descrito para justificação material da democracia substancial. Em outras palavras, os direitos fundamentais correspondem aos vínculos responsáveis por preencher o conceito de democracia substancial. Em suma, o elo umbilical entre democracia e direitos fundamentais¹⁰⁷⁶ confere o suporte racional para a construção teórica ora apresentada.

¹⁰⁷⁵ Sobre esta opção teórica, segue o posicionamento de FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madri: Trotta, 2001, p. 37: “En efecto, en el Estado democrático de derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia formal o política, en cuanto disciplinan las formas de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la sustancia (o el significado) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia sustancial”. Vê-se que tal posicionamento bem se adequa a uma perspectiva tridimensional do fenômeno jurídico, a qual se atrela o presente trabalho.

¹⁰⁷⁶ Conforme Habermas desenvolvido por Habermas em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, Capítulo III.

Assim, estes limites à cognominada democracia política – ou democracia formal - encontram-se unificados nos direitos fundamentais, em suas diversas gerações, ou dimensões, como preferem alguns estudiosos¹⁰⁷⁷. Nenhum governo que se instale sob o rótulo de democrático será uma verdadeira democracia, aos olhos destes juristas, se os direitos fundamentais não estiverem observados no regime constitucionalmente implantado.

As características estruturais destes direitos, segundo este entendimento doutrinário, são as responsáveis não só por sua condição suprema no cosmos constitucional¹⁰⁷⁸, mas também por gerar os vínculos materiais à ideia de democracia. São estas: universalidade, igualdade e indisponibilidade¹⁰⁷⁹.

Os direitos fundamentais são universais, no sentido de que todas as pessoas submetidas a uma ordem jurídica específica são seus titulares, ou seja, as normas jurídicas que os prescrevem são direcionadas a todo o universo de pessoas que detêm as qualificações constantes da previsão normativa da norma jusfundamental respectiva¹⁰⁸⁰, sem exclusões de qualquer natureza¹⁰⁸¹. Ao revés, os

¹⁰⁷⁷ As críticas direcionadas à nomenclatura “gerações de direitos fundamentais” a acusam de permitir a compreensão de que o reconhecimento posterior de certa categoria poderia afastar as demais já concebidas, levando à inferência equivocada de que os direitos fundamentais se substituiriam ao longo do tempo, negando a ideia de acumulação dos direitos fundamentais, segundo a qual os novos direitos fundamentais formulados em cada momento histórico, típicos do seu tempo, não excluem os precedentes. Ao invés, subsistem integralmente, podendo, inclusive serem acrescentados novos aspectos, num processo de cumulação contínuo. A respeito, ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 66, SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 525, dentre outros.

¹⁰⁷⁸ A respeito da hierarquia material dos direitos fundamentais em relação as demais normas constitucionais, tendo por base o ordenamento constitucional português, OTERO, Paulo, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais, AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, sustenta que, em razão do preceituado no artigo 16, nº 2 da Constituição Portuguesa, os direitos humanos constantes da Declaração Universal possuem valor supraconstitucional, pelo que a Constituição acaba subordinada ao teor material do referido texto internacional. Considerando a relação material existente entre direitos humanos e os direitos fundamentais, conclui-se que a Constituição Portuguesa assumiu expressamente a primazia desta categoria material de direitos. Entretanto, independentemente deste ponto, a dimensão objetiva, própria dos direitos fundamentais, atualmente acolhida de modo pacífico pelas diversas ordens constitucionais ocidentais, representa o reflexo da primazia destes direitos, já que vinculam hermeneuticamente todas as demais temáticas jurídicas, ao se irradiarem por todo o ordenamento. No que toca à existência de hierarquia entre normas constitucionais na Constituição da República de 1988, se mostra presente. Esta, ao estipular que certos conteúdos não são passíveis de sofrer emendas constitucionais, consignando um rol das cláusulas pétreas expressas, admite que alguns temas contam com primazia em relação a outros, estabelecendo uma escala de valores entre normas constitucionais.

¹⁰⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, La ley del más débil*. 2ª ed. Madri: Trotta, 2001, p. 50.

¹⁰⁸⁰ Acerca da distinção entre universalidade normativa e generalidade normativa, vide DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa – Teoria da norma e criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75 e 131. Leitura paralela encontramos em ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

¹⁰⁸¹ Os direitos fundamentais sociais, em sua maioria, são exequíveis mediante prestações exigíveis dos poderes públicos, das mais variadas ordens, cujos objetos são providências de caráter e alcance variáveis, de acordo com os objetivos instituídos pelas políticas públicas respectivas. Todavia, não perdem o caráter universal, inobstante os deveres jurídicos variem em conformidade com a condição do

direitos fundamentais possuem uma vocação essencialmente inclusiva, uma natural exigência de expansão subjetiva, justificada também pela mencionada igualdade¹⁰⁸².

Isto porque todos os cidadãos são considerados iguais, em forma e medida, na titulação de direitos fundamentais. A igualdade traz ínsita a noção de invariabilidade subjetiva para os efeitos normativos. Assim, como iguais, todos os cidadãos são invariavelmente titulares de direitos fundamentais. Esta titulação, conseqüentemente, não oscila em conformidade com a identidade ou *status* daqueles abrangidos pelo teor deôntico da norma jusfundamental¹⁰⁸³. Todos são sujeitos de direitos fundamentais, pelo que todos têm igual direito de liberdade, igual direito de privacidade, igual direito à educação etc.

A variação apenas pode ocorrer com o intuito de promover a concretização da igualdade material¹⁰⁸⁴, a qual segue a máxima de que se deve atribuir tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, na estrita medida das desigualdades fáticas verificadas¹⁰⁸⁵. Propõe uma visão crítica em relação

titular daquele direito fundamental social, ocupante do pólo ativo da relação de direito material existente. Sem querer simplificar em demasia as controvérsias que permeiam o tema, os direitos fundamentais sociais possuem como razão subjacente o suprimento das necessidades humanas básicas – sejam aquelas inatas ou naturais, sejam as adquiridas, decorrentes das tradições e circunstâncias fáticas vigentes em uma sociedade –, de modo que em um grupamento político algumas pessoas podem mostrar-se mais necessitadas do que outras quanto ao atendimento do objetivo visado com a implementação daquele direito social, e o respectivo grau de concretização, já que os direitos sociais são progressivos. A respeito do conceito de necessidades humanas básicas, sugerimos a leitura de ROIG, Maria José Añón. *Necesidades y Derechos – Un ensayo de fundamentación*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, PISÓN, José Martínez de. *La efectividad de los derechos sociales: de las necesidades básicas ao desarrollo humano*. In: PISÓN, José Martínez de; INDA, Andrés García. (Coords.). *Derechos Fundamentales, movimientos sociales y participación*. Madri: Editorial Dykinson, 2003, p. 139, FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos – Ámbitos y desarrollo*. Salamanca: San Esteban, 2002, p.188, CLÉMENT, Elisabeth et al. *Diccionario Práctico de Filosofía*. Lisboa: Terramar, 1994, pp. 270/271, PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*. Madri: Editorial Tecnos, 1994, p. 53.

¹⁰⁸² Sobre a articulação entre universalidade e igualdade, ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: introdução geral*. Parede: Príncipia, 2007, p.66 e seg.

¹⁰⁸³ Diversamente, outros direitos que não comportam este *status* de supremacia, podem variar em forma e medida, em virtude das circunstâncias factuais que lhes servem como condição material para a incidência normativa. Deste modo, exemplificando, enquanto o direito de propriedade é fundamental, já que são titulares todas as pessoas submetidas àquela ordem jurídica, as quais podem adquirir bens e usufruí-los do modo que lhes aprouver, os direitos decorrentes do domínio de um ou mais bens são meramente patrimoniais, condicionados à situação econômica do seu detentor e anterior aquisição dos mesmos.

¹⁰⁸⁴ A respeito da igualdade que se busca, nos filiamos ao entendimento expressado em RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 92, ao tratar da estrutura básica da sociedade: “Na medida do possível, a estrutura básica deveria ser apreciada a partir de uma situação de igualdade entre os cidadãos. Esta posição é definida pelos direitos e liberdades exigidos pelos princípios da igual liberdade e da igualdade eqüitativa de oportunidades. Quando os dois princípios são satisfeitos, todos são cidadãos iguais e, portanto, todos estão na posição indicada”.

¹⁰⁸⁵ AÑÓN, Maria José. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. Colônia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001, p. 23: “El punto de partida es que la igualdad no es identidad ni homogeneidad, puesto que no prescinde de elementos identificadores. La igualdad como expresa De Lucas (1996; 493), parte de la diversidad, es decir, de una situación que contiene elementos o factores iguales y otros diferentes. Dos sujetos, situaciones o entidades son distintos o diversos se uno tiene y otro no una característica o rasgo considerado relevante en el contexto en que se habla de igualdad; o bien se

à ordem política, econômica, social e cultural e à consciência da necessidade e da possibilidade de transformá-las progressivamente, em prol do incremento da dignidade humana, nas suas variadas e potenciais dimensões.

Mas nas hipóteses de perseguição à igualdade material, o que visualizamos não é o rompimento na regra absoluta de que “*todos são iguais na titulação de direitos fundamentais*”. Isto porque, é a própria previsão normativa de alguns direitos fundamentais, que ao revelarem a preocupação em transmutar uma realidade social¹⁰⁸⁶, elevando o nível de igualdade material fática, restringe os ocupantes do polo ativo desta relação jurídica, vinculando-os a uma ou mais categorias funcionalmente delimitadas, sem atentar contra a indeterminabilidade prévia de seus destinatários, que é um dos atributos da norma jurídica¹⁰⁸⁷. Desta forma, há categorias de pessoas que simplesmente não atendem os pressupostos fáticos daquele preceito deontico (previsão normativa), em virtude da não verificação *in casu* da presença das razões que o subjazem, o que não implica em inobservância da igualdade, em sua idealidade. Ao contrário, no campo dos direitos fundamentais, estas pessoas já contam com as condições fáticas que se pretende implementar a outras, que são os beneficiários da norma em questão. Assim, o universo de titulares desta norma voltada a atuar no campo da igualdade material será composto por todas as pessoas que, em virtude das circunstâncias fáticas que as envolvem, necessitam de serem abrangidas pela medida reparadora contida na norma. É uma norma que intervém, portanto, em função de uma desigualdade não juridicamente justificada¹⁰⁸⁸.

ambos tienen el rasgo o la característica pero en una medida o grado distinto. La diversidad, por su parte, no se contraponen a la igualdad, sino a la identidad y la homogeneidad”.

¹⁰⁸⁶ Como leciona MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo IV, p. 103: “Sabemos que a igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência...”

¹⁰⁸⁷ Em outras palavras, as normas não se dirigem a pessoas individualizadas de antemão, ou seja, as normas não são proposições individuais ou pessoais. Ao disporem sobre ações ou estado de coisas hipotéticos, se referem a uma classe aberta de pessoas abrangidas pela previsão normativa. Deste modo, o sentido deontico em causa produz efeitos sem que se identifique, com antecedência, os sujeitos aos quais a norma se dirige. A determinabilidade em questão se verifica com a ocorrência da condicionalidade normativa, pois verificadas as condições disciplinadas na previsão, ingressa em pauta a norma, com a aplicação automática do operador deontico, possibilitando o reconhecimento individual dos destinatários da norma. Até que o evento da *condicionalidade normativa* se concretize, as normas não contam com qualquer resquício de individualidade.

¹⁰⁸⁸ Deste modo, o reverso da igualdade não é a diferença. Esta nada mais é do que um saudável fenômeno antropológico-sociológico-jurídico, fincado em bases éticas. A respeito, WIEVIORKA, Michel. *A Diferença*. Lisboa: Fenda, 2002; PISÓN, José Martínez. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madri: Tecnos, 2001; APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; SANCHÍS, Luis Prieto. *Igualdad y Minorías*. In: SANCHÍS, Luis Prieto. (Org.). *Tolerância Y Minorias. Problemas jurídicos y políticos en Europa*. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, págs. 27-66. HOBBSAWM, Eric. *Identidad*. In: GORSKY, Hector C. Silveira. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000, págs. 47-62, GORSKY, Hector C. Silveira. *La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate*. In: GORSKY, Hector C. Silveira. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000, págs. 11-46.

Também em nome da igualdade material, os direitos fundamentais das minorias devem ser resguardados, como uma medida de legitimação do próprio direito. Com efeito: se os direitos fundamentais correspondem ao viés material do regime democrático, se eles contam com pretensão de universalidade e igualdade e, finalmente, se para que a igualdade material se efetive, há a necessária da adoção de medidas específicas eficazes, conclui-se que os direitos fundamentais das minorias devem necessariamente ser resguardados contra qualquer maioria.

E tal somente ocorre se os direitos fundamentais não ingressarem nos debates políticos, pois certamente a maioria, seja por um critério meramente quantitativo ou por contar com poderes desmedidos e forças desproporcionais no cenário político-social, poderá fazer com que, caso mecanismos de proteção das minorias não sejam adotados, parcela vulnerável da sociedade tenha seus direitos lesionados por decisões ilegítimas, forjadas a partir de anseios e interesses que lhe sejam proveitosos.

Quando os direitos fundamentais são excetuados das deliberações políticas, rompe-se com uma eventual onipotência das maiorias, típica do regime democrático meramente formal, o qual, se alijado do aspecto substancial da democracia, não possui meios de neutralizá-la ou, ao menos, minorar os efeitos nocivos que esta preeminência das maiorias pode gerar. E, lembremos, a democracia representa não só uma concretização, mas verdadeira exigência posta pelos direitos fundamentais, que somente se realizam em um ambiente no qual impere a autonomia da pessoa, a quem cabe à tomada de decisões acerca das normas que impõe a si mesmo.

A própria liberdade, como uma das expressões primeiras da dignidade da pessoa humana, se afirma verdadeiramente quando os direitos fundamentais são vistos também com este enfoque – elementos da democracia material, limitando a pauta dos debates políticos -, já que autonomia privada e autonomia pública são as duas facetas de uma mesma moeda. A autonomia pública somente se exerce em uma cenário de igualdade, no qual todos os cidadãos contam com igual voz ativa na tomada de decisões políticas¹⁰⁸⁹. Sem a concretização da igualdade, ou seja, paridade

¹⁰⁸⁹ Semelhantes são as considerações de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72: “A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidade), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e

política entre as pessoas, a liberdade não se impõe por completo. Uns seriam mais livres que outros, já que aqueles que se mostrassem em situação privilegiada teriam sua liberdade de expressão e liberdade de escolha dos rumos político-sociais exercida em maior grau¹⁰⁹⁰.

Por fim, como direitos indisponíveis que são, os direitos fundamentais são inalienáveis, intransigíveis, invioláveis, personalíssimos, plasmados na própria noção de pessoa humana, que sob o prisma jurídico, somente assim é reconhecida quando detentora de direitos e deveres, como decorrência inafastável da personalidade jurídica. Direitos indisponíveis estão subtraídos, portanto, mais uma vez, das atividades concernentes às decisões políticas, bem como ao mercado. As suas titularidades não são passíveis de renúncia nem mesmo pelos respectivos titulares.

As linhas acima evocam a polivalência dos direitos fundamentais, como uma categoria dogmática que se presta não só a prescrever faculdades e correlatos deveres ou os efeitos decorrentes de sua dimensão objetiva¹⁰⁹¹, mas também se apresentam como elementos conformadores da teoria da democracia substancial.

Tamanha funcionalidade revela consonância com a noção de direitos fundamentais que é difundida. Conceituá-los é uma tarefa consideravelmente complexa, pois nos deparamos com múltiplos enfoques de abordagem que interferem nesta empreitada, desde debates filosóficos que buscam justificá-los a questões de natureza jurídico-estruturais, pelo que abdicaremos de ingressar em questionamentos do gênero.

Para fins de nossa investigação, estamos assumindo a basilar noção de direitos fundamentais como aquelas projeções emanadas direta e indiretamente da

igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício dos direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática".

¹⁰⁹⁰ Como bem ponderou LUÑO, Antonio E. Perez, *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Editorial Tecnos, 2004, p. 215: "Porque a libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no libertad de muchos (a este tipo de sociedad cuya ley, a tenor de la consabida imagen sarcástica de Anatole France, prohíbe a los ricos como a los pobres mendigar, robar pan o dormir bajo las puentes); mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder (situación que evoca la divisa del igualitarismo cínico de la *Animal Farm* De George Orwell, a tenor de la cual 'todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros')".

¹⁰⁹¹ A respeito, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 59 e ss, SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Direitos Fundamentais – Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. XII, p. 297 e seg. Entre estes, destacamos a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, decorrente da força conformadora, potencialmente expansiva que estes direitos carregam.

dignidade da pessoa humana, assim reconhecidas por processos históricos, geradoras de posições jurídicas aos beneficiários dotadas de supremacia em relação às demais, bem como reflexos hermenêuticos no ordenamento jurídico respectivo, cuja interpretação das normas encontra-se vinculada ao alcance e força vinculantes que estes promanam, decorrentes da máxima eficácia e efetividade que lhes são peculiares.

Uma satisfatória base de compreensão, não repelida pelos concorrentes segmentos doutrinários, pode partir da análise semântica dos direitos fundamentais. Fundamental é algo que se reveste de magna importância, conectado ao vocábulo *fundamento*, que, por sua vez, significa base sólida que legitima ou autoriza algo, o motivo, a razão¹⁰⁹². Sob o prisma filosófico, o fundamento de algo é a sua causa, aquilo que contém a explicação e a justificação racional da coisa que lhe é advinda¹⁰⁹³.

Tomando por norte esta ideia, os direitos reconhecidos como fundamentais são aqueles que, como um dos fundamentos de uma ordem jurídica determinada, portam consigo a própria justificação racional desta. Constituem, nesta esteira, um dos alicerces que legitimam a edificação constitucional de um Estado Constitucional de Direito, pelo que se encontram imbricados nas raízes do constitucionalismo deste ente¹⁰⁹⁴.

Assim, é no conteúdo desta categoria de direitos que se encontram plasmadas todas as diretrizes que governam o estatuto jurídico de um povo, condicionando materialmente todos os demais previsões normativas de caráter constitucional¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹² Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

¹⁰⁹³ ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. Torino: UTET Libreria, 1998, p. 501, ensina que a noção de causa permite não só a compreensão em si de uma coisa, mas também o “seu não poder ser de outro modo”. Na doutrina aristotélica, a causa-razão é um conceito ontológico que exprime a necessidade própria de ser enquanto substância.

¹⁰⁹⁴ Neste sentido, válida a observação de MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 322, segundo a qual, “em certo sentido, a história do *Constitucionalismo* é a história dos direitos fundamentais, ou seja, a história da sua afirmação inicial e depois de seu alargamento e da construção e do aperfeiçoamento dos mecanismos de sua tutela. O Estado Constitucional moderno é cada vez mais um ‘Estado de Direitos Fundamentais’”.

¹⁰⁹⁵ Posicionamento semelhante é sufragado por CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, p. 378, o qual escreve: “A posituação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser *elementos constitutivos da legitimidade constitucional*, e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples posituação jurídico-constitucional os torne, por si só, ‘realidades jurídicas efectivas’”. Do mesmo modo, MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barbas. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III, 1999, p. 469: “los derechos fundamentales son el conjunto de normas de un Ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte

Adentrando numa inglória tentativa de identificar pontualmente os direitos fundamentais, sem que nos atenhamos a uma ordem constitucional específica por ora, poderíamos dizer que, sob uma ótica substancial – a fim de distingui-la da dimensão formal –, em breves linhas, são aqueles direitos subjacentes da própria condição humana, do reconhecimento do ser como pessoa, dotado de personalidade e potencialidades intrínsecas, que lhe são inerentes e reclamam satisfação. Este é o critério basilar para identificá-los.

Os direitos fundamentais reverenciam a ideia de dignidade humana, do ser igualmente livre¹⁰⁹⁶, detentor das suas escolhas morais e éticas, tanto na esfera privada, diante da sua própria interioridade e nas relações afetivas que trava, seja na seara pública, como pessoa participante das interações sócio-políticas¹⁰⁹⁷. Os direitos fundamentais configuram, paralelamente, o conhecimento e a consciência do potencial emancipatório que porta o ser humano, o qual reivindica legítima efetivação, mesmo que de forma progressiva. A percepção da dignidade humana como um valor absoluto configura o substrato dos direitos fundamentais¹⁰⁹⁸ - ainda que os direitos fundamentais não sejam absolutos, em virtude das possíveis colidências concretas em seus respectivos conteúdos protetivos. Assim, os direitos fundamentais abarcam em

de la norma básica material de identificación del Ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima al Estado Social y Democrático de Derecho”.

¹⁰⁹⁶ Já tivemos a oportunidade de afirmar em nossa Dissertação de Mestrado defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 27 de abril de 2005 que os direitos fundamentais “expressam, sob um prisma dialético, o ponto interseccional entre a liberdade e a igualdade. Isto porque, enquanto a liberdade representa o fator a propiciar as condições necessárias para a reivindicação e fruição paritária dos direitos fundamentais, a falta de igualdade pode ocasionar, justamente, a falta de liberdade. Ora, sem liberdade, o cidadão posiciona-se de maneira inerte perante o Estado, incapacitado de lutar pelos implementos sociais, cujos objetivos jamais se divorciam da efetivação da igualdade. Do mesmo modo, sem igualdade, a plena liberdade não restará garantida, pois impossível de ser integralmente usufruída. É a igualdade que resguarda a todos a liberdade fática de escolher – sem a qual a liberdade jurídica carece de todo valor – além de garantir que os mais fracos não serão objeto de domínio dos mais fortes. Assim, ambos os valores encontram-se ínsitos, embutidos na noção de direitos fundamentais como um todo. Entretanto, a liberdade possui vínculo mais estreito com os direitos civis e políticos de cunho fundamental, em relação aos quais guarda um maior realce. Já a igualdade – principalmente a igualdade material, por produzir maior reflexo no campo social – correlaciona-se mais intimamente com os direitos sociais fundamentais”. Entretanto, nos parece que a questão que demanda maiores dificuldades relaciona-se à identificação das parcelas materiais que devem compor este núcleo interseccional.

¹⁰⁹⁷ De acordo com as palavras de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, p. 407, a base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas o homem individual, mas também o homem inserido em relações sociopolíticas, socioeconômicas e em grupos de natureza diversas, com funções sociais diferenciadas.

¹⁰⁹⁸ Precisam as palavras de ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 279, no sentido de que tendo “sido objecto de um *tourneement* que veio a colocá-lo no vértice (ou na base, como preferimos) de todo o sistema de direitos fundamentais, é óbvio o papel de articulação desempenhado pela norma de base (tenha ou não sofrido, no contacto com o universo dos direitos fundamentais, uma específica mutação) da dignidade da pessoa humana (v. *infra*, nº 58), papel que, no respeito pela fisionomia própria do sistema e de cada uma de suas partes, se manifesta em todos os planos, designadamente no axiológico (ou dos valores), no subjectivo (ou de razão para direitos), no objectivo (ou de razão para princípios), no harmonizador (de razão para limitações), no da organização política (de razão para a limitação no exercício do poder público e dos poderes a ele equiparados) e no plano da própria garantia jurídica (de razão para a protecção) concedidas a um tipo de direitos e a outro”.

seu âmbito de proteção os bens, interesses e necessidades básicas que sejam condições para a caracterização e realização da dignidade humana¹⁰⁹⁹.

Espelhados nas conquistas produzidas pelos direitos humanos na órbita internacional¹¹⁰⁰, conjugadas às reivindicações pela busca do reconhecimento do valor do ente humano nas esferas internas, os direitos fundamentais, num processo de constante cumulação ao longo dos momentos da passagem civilizatória, promovem invariavelmente pequenas rupturas nos ordenamentos pátrios. Como fundamento de um estado, quando um novo direito fundamental é a este agregado, há uma necessária manifestação do poder constituinte, por vezes de modo formal – emendas constitucionais -, por vezes mediante o fenômeno da mutação constitucional¹¹⁰¹.

Neste sentido, a própria democracia substancial, como um fenômeno político-social, encontra-se em contínuo processo de reformulação, já que necessariamente retorna aos direitos fundamentais quando são colocados em pauta os diversos temas para deliberação. Deste modo, considerando que o direito somente será legítimo quando seu processo de criação estiver em consonância com as exigências democráticas, é preciso regressar aos direitos fundamentais vigentes para examinar a legitimidade das normas.

5.4.8.5 Direitos Humanos X Soberania Popular: autonomia privada X autonomia pública

Embora tenhamos acima tentado a todo o momento sinalizar que assim como direitos fundamentais e democracia se pressupõem, nenhuma forma de autonomia pode ser afastada pela outra. Isso porque, sob uma perspectiva jurídica, cada indivíduo é ao mesmo tempo remetente e destinatário das normas estatais (que como já vimos, substituem as normas morais em tempos de moralidade e eticidade fracas).

¹⁰⁹⁹ Para tanto, os direitos fundamentais exigem três tipos de tutela diferenciadas: defesa, proteção e promoção. Enquanto que a primeira se satisfaz com a abstenção por parte do Estado, de modo a não violar direitos fundamentais, a segunda exige por parte deste ente medidas com o fim de resguardar direitos dos cidadãos em virtude de interferências danosas de terceiros. Já o terceiro prega uma atividade promocional por parte do Estado, de modo a criar condições materiais que garantam a todos uma existência condigna. Acrescentar aqui, principalmente direitos sociais.

¹¹⁰⁰ Diferença direitos fundamentais e humanos

¹¹⁰¹ Tais hipóteses decorrem da cognominada cláusula de abertura dos direitos fundamentais, abraçada em múltiplas ordens constitucionais ocidentais, com diferentes graus de abertura. O direito português a inseriu no artigo 16,

Habermas entende que essa fundamental intuição nunca foi corretamente observada, nem por liberais, nem por republicanos (esta com aproximações reais com a visão comunitarista), as duas grandes tradições do pensamento político-democrático moderno. Embora a temática acerca da correlação entre elas não seja nova¹¹⁰², essas tradições, ao defenderem a primazia de seus respectivos posicionamentos, acabaram por reduzir o alcance dessas formas de autonomia (pública e privada).¹¹⁰³

As dificuldades de harmonização residiriam, segundo Habermas, em razão da herança metafísica advindas da tradição jusnatural (com a subordinação do direito positivo ao direito natural) e o destaque recebido pela filosofia da consciência (fundamentalmente aquela de raiz kantiana). Nessas vertentes do pensamento, que tanto influenciam ainda hoje a tradição do pensamento ocidental a democracia e a autonomia pública acabam por se submeter ao princípio moral¹¹⁰⁴, de forma a caracterizar a ampliação da esfera de proteção ao indivíduo em detrimento de uma esfera política de projeção dos interesses da comunidade.¹¹⁰⁵

Para Habermas, então, a redução do alcance de uma das formas de autonomia não é uma posição coerente, pois direitos humanos e a soberania popular possuem uma relação interna, ou seja, necessária e não contingente, o que é, inclusive, uma decorrência da co-originalidade a que fizemos referência anteriormente. Por esta razão é que na Modernidade o Estado de Direito pressupõe democracia e democracia pressupõe Estado de Direito. Indo adiante: democracia pressupõe direitos humanos e direitos humanos pressupõem exercício do poder na sua forma democrática. Público e privado constituem elementos complementares que fazem um

¹¹⁰² Conforme apontado em ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pág. 155. Segundo o autor a ideia de que os direitos humanos constituem um dos principais fatores de legitimidade de um sistema político está distante de ser original, sendo que na modernidade Locke já teria intuído essa questão.

¹¹⁰³ Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, págs. 134, o autor pondera que os liberais evocam o perigo de uma tirania da maioria, postulando o primado dos direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político, prevalecendo o momento moral-cognitivo. Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado em um estado natural fictício. Por outro lado, os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Nesta visão, a vontade ético-política de uma coletividade que está se auto-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico, por isso diz-se prevalecer o momento ético-voluntário.

¹¹⁰⁴ Em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pág.

¹¹⁰⁵ Nesse sentido, Habermas segue mostrando que na dogmática do direito civil alemão, autores como Savigny, Puchta, Windscheid, Ihering foi influenciado pela tradição idealista do direito. Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, págs. 116-122.

liame essencial nos planos moral, político e jurídico, sendo que despotencializar um deles é apequenar o papel do indivíduo-cidadão e colocar em risco a legitimidade das normas produzidas.¹¹⁰⁶

Nessas perspectivas, a teoria proposta por Habermas parece encontrar uma solução adequada não só sob o ponto de vista epistemológico, mas também a partir de uma visão teleológica, já que uma conciliação entre essas duas “superinstituições” da tradição jurídico-política ocidental é, mais do que desejável, necessária para a própria coerência do sistema. Isso porque evita uma rota de colisão entre instituições basilares da cultura ocidental que delas decorrem, tais quais: liberdades privadas subjetivas X autonomia do cidadão; direitos humanos X soberania popular; autonomia privada X autonomia pública.

Por esta razão, Habermas entende ser norma legítima aquela que conta com o assentimento de seus destinatários, seja porque tiveram a oportunidade de participar de sua produção (liberdade comunicativa dos cidadãos), seja mesmo porque o processo de discussão para a produção dessas normas impõe uma barreira material para propostas violadoras de direitos fundamentais (garantia de liberdade subjetiva das pessoas privadas).¹¹⁰⁷ Essa não é uma regra estabelecida convencionalmente, mas sim fruto de uma correlação que se impõe pela própria racionalidade prática que se supõe em um Estado Constitucional de Direito de Direito.

5.5 Posições centrais assumidas sobre a legitimidade

No âmbito do que procuramos estabelecer no Capítulo 1, cada respectiva época, no seu contexto histórico-geográfico específico, produz uma cultura igualmente específica e não comparável com outras épocas e outras áreas geográficas. Porém, retornando ao que ali foi exposto, alguns esforços intelectivos generalizantes, realizados por grandes autores influenciam largamente na produção destas culturas. São sementes lançadas em um dado contexto histórico que acabam por gerar um redirecionamento conceitual que auxiliam na própria explicação das observáveis mudanças do mundo real.

¹¹⁰⁶ Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 187, o autor faz referência à posição de Hanna Arendt (ARENDT, Hanna. *Macht und Gewalt*. Munique, 1970, pág. 45) quando a mesma afirma que o poder político não é simplesmente um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias. É ele, então, a força legitimadora na criação do direito legítimo e na fundação de instituições.

¹¹⁰⁷ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 170.

Se algumas das posições teóricas apresentadas pelos autores acima analisados podem receber nossa adesão para fins do presente trabalho, por fundamentarem adequadamente, nos tempos atuais, posições coerentes com as novas concepções jurídico-filosóficas que vêm sendo assumida pelo sistema jurídico brasileiro (geradoras por si próprias de várias necessárias transformações no campo teórico-jurídico), algumas outras não estão em condições de serem referendadas por contraditarem com a própria lógica sistêmica.

Aliás, esta é uma decisão presumível, se tivermos em conta que são posições díspares, que buscam suas bases em determinadas visões teóricas de fundo que se digladiam entre si. Entendemos, no entanto, que algumas se complementam em um quadro teórico mais complexo, sem que assumamos por completo uma única específica.

A escolha dos autores acima apresentados se deu na medida em que entendemos que os mesmos têm sido os mais representativos no processo de definição da legitimidade em uma perspectiva jurídico-política, não apenas no contexto mediato ocidental (ao qual nos vinculamos), mas também por serem suas teorizações (e neste caso, de forma imediata) a base das discussões sobre o tema no Brasil.

Mesmo a teoria habermasiana, com a qual mantemos maior afinidade, não deve ser considerada um marco teórico sem qualquer espécie de restrição.

Certamente entendamos que uma teoria não é capaz de, autonomamente, moldar a realidade factual, de maneira a tornar o mundo do *ser* uma perfeita expressão do que foi por ela estabelecido. Afinal, por maior que seja sua influência, atua ela em um emaranhado de outras ideias assumidas, todas moldadas (e, em certo sentido, deformadas) pelos próprios contextos fáticos que uma realidade histórica particular impõe. Porém, consideramos, a partir de uma perspectiva dialética que o papel projetante da teoria contribui, de forma mais ou menos incisiva (conforme a compatibilidade de suas concepções com a realidade sócio-cultural e intelectual do meio em que se propaga), na “reelaboração” dessa realidade.

Embora se possa visualizar nos autores estudados pontos de aproximação entre seus conceitos de legitimidade, a verdade é que as divergências são muitas. Não poderia ser diferente, já que a própria escolha dos autores primou por enfatizar diversos pontos de vista e visões teóricas. A proposta, então, é de que, a partir destas posições estabelecidas, apresentemos uma a visão de legitimidade que assumimos para fins do desenvolvimento do trabalho. Para tanto, faz-se necessário

que analisemos alguns dos pontos externados por estas perspectivas teóricas específicas, de forma a buscar as características que melhor se coadunem com os contornos exigidos pelo Estado Constitucional de Direito hodierno (em uma versão neoconstitucional) que, segundo nossa perspectiva, vêm se impondo no Brasil.

Vale lembrar, como já dissemos anteriormente, que “neoconstitucionalismo”, tal como nós o compreendemos, é uma etiqueta com um conjunto de características comuns fundantes, mas que se projeta nos diversos sistemas jurídicos de forma particular, específica, sem se afastar jamais dos pressupostos do Estado de Direito e, portanto, de uma forma estatal em que a legitimidade esteja presente como característica essencial, necessária. Por isso, é uma intuição cada vez mais forte no mundo jurídico que o fato da expressão “legitimidade” ser usado de forma cada vez mais frequente, mesmo que com diferentes significados e intenções, acaba por confirmá-la como atributo basilar em um Estado Constitucional de Direito¹¹⁰⁸, de maneira a podermos afirmar, categoricamente, que configuram (legitimidade e Estado Democrático – Constitucional - de Direito) conceitos indissociáveis.

5.5.1 As posições habermasianas: centralidade com restrições

Um maior espaço concedido às posições habermasianas no que se refere ao tema da legitimidade pode levar a crer que suas posições serão assumidas neste trabalho como marco teórico. Não é exatamente assim. Embora entendamos que várias das posições por ele estabelecidas encontrem fortes argumentos para serem recepcionadas, por outra via, não consideramos possível, reconhecer outras tantas (ao menos em toda a potencial extensão) como passíveis de fundamentar, no âmbito do sistema jurídico brasileiro (com suas características e cultura específicas), um adequado modelo teórico que sirva de base para estabelecer as balizas que definem a juridicidade legítima das normas primárias.

Assim, este, até certo ponto, protagonismo exercido pela teoria habermasiana nesta fase do trabalho em muito se prende ao fato de ser ele, nos dias de hoje, um dos teóricos de maior densidade no tema acerca dos fundamentos da

¹¹⁰⁸ Mais ou menos nesta direção, mas certamente relacionado ao que dissemos, surge a afirmação em FERRAJOLI, Luigi. *Dei Diritti e delle Garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bolonha: Il Mulino, 2013, pág. 125, quando o autor afirma seguir a lição de Bobbio para relacionar direito e democracia nos seguintes termos: “...il diritto non implica la giustizia, né tanto meno la democrazia. Inversamente, però, la giustizia, o quanto meno quello che si chiama sistema di principi e valori che chiamiamo democrazia, implicano il diritto.”

legitimidade em um ordenamento constitucional. Além do mais, pôde o mesmo se referenciar nas próprias formulações anteriores, inclusive aquelas que foram sintetizadas no decorrer deste Capítulo.

Aproveitando a oportunidade, esclarecemos, desde já, que entre as formulações habermasianas que assumimos como passíveis de servirem como pressupostos teóricos para o estudo da legitimidade no contexto do sistema jurídico-político brasileiro, acima analisadas, citamos, por exemplo: a) a percepção de que o direito, na ausência de uma moralidade “forte” - característica típica das sociedades pós-tradicionais contemporâneas -, exerce um papel de protagonismo¹¹⁰⁹ no processo de integração social entre os membros destas sociedades; b) a visão de que o Direito, devendo responder a uma pretensão de legitimidade, não perde seu valor moral, já que deve ser ele sempre justificado¹¹¹⁰; c) o reconhecimento da existência de uma relação interna entre soberania e direitos fundamentais (produzida a partir das suas co-originalidades), geradora de algumas consequências, tais como: c.1) relação de complementariedade entre as autonomias pública e privada, c.2) percepção de que Estado de Direito e democracia se pressupõem mutuamente.

5.5.2 A legitimidade como justificação do poder

Uma das posições que parece ser encampada por todos os autores que tratam da temática e que mantém com o que foi acima afirmado estreita relação é aquela que assevera que a questão de fundo da legitimidade é a da justificação do poder. É tanto mais legítimo o exercício do poder pelo Estado quanto menos necessita ele se utilizar da força para a consecução dos objetivos por ele delineados. Ou seja, a legitimidade de um sistema e suas normas é inversamente proporcional à necessidade do uso coercitivo da norma secundária (no sentido hartiano da expressão).

Assim, embora o cumprimento da norma seja uma exigência natural de um sistema que se pretende eficaz, essa obediência pelos destinatários, por si só, não caracteriza um sistema legítimo. O mero temor da sanção pode surtir efeitos imediatos, mas tende a ser uma solução temporária e paliativa. É necessário, como

¹¹⁰⁹ Pelos motivos que desenvolveremos um pouco mais abaixo, exporemos as razões para que não consideremos que o direito seja o único responsável pela integração social, mesmo em sociedades modernas.

¹¹¹⁰ Na linha de Habermas temos FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 288, quando afirma que a justificação do discurso normativo decorre de sua racionalidade. Assim, o discurso normativo é discurso submetido ao dever de prova.

diriam os realistas escandinavos, um liame psicológico que ligue a norma e seu destinatário, de forma a necessitar mais que uma mera aderência externa por temor à sanção, uma motivação interna para o cumprimento das regras sistêmicas ou o uso do poder da violência simbólica, pois aonde mais age a força simbólica, menos se utiliza da força concreta.¹¹¹¹

5.5.3 A imprescindibilidade da adesão interna em adição ao caráter legal

Tomando por premissa para configuração da legitimidade a necessidade do liame psicológico acima apontado, afastamo-nos de uma posição como, por exemplo, aquela defendida por Kelsen, que parece se satisfazer, com o mera eficácia das normas. A assunção de um posicionamento nesta direção (kelseniana) certamente tem o condão de gerar sobrecarga à estrutura coercitiva do Estado, diminuindo sensivelmente as possibilidades de construção de valores democráticos típicos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Por isso, entendemos que a mera legalidade, *per si*, não pode ser considerada fundamento da legitimidade. Como afirmaram Ferrero e Bobbio, o elemento formal de legalidade, embora fundamental (e concordamos acerca de sua imprescindibilidade), não exaure o conceito de legitimidade, já que esta concede substância a um governo fundamentando sobre a aceitação do povo, que nasce por sentimento, tradição, tempo, por convencimento de direito divino ou mesmo pelo caráter simbólico¹¹¹² que determinadas construções teóricas extraíveis de determinadas concepções racionais.

¹¹¹³

É de se observar que não se pode retirar da legalidade os seus méritos no processo de definição da legitimidade¹¹¹⁴, como propôs Schmitt com seu decisionismo,

¹¹¹¹ Nesta direção, BORDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *La Reproduction*. Paris: Minuit, 1970, pág. 18.

¹¹¹² Segundo ZAGREBELSKY, Gustavo. *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*. Turim: Einaudi, 2012, pág. 25, aparentemente o símbolo é signo de estabilidade, se não de fixação. Exprime um valor conservativo, estabilizador e pacificador, ao qual o grupo social que nele se reconhece faz com que o mesmo permaneça valendo no tempo.

¹¹¹³ Como apontado em ZAGREBELSKY, Gustavo. *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*. Turim: Einaudi, 2012, na própria capa da obra, norma e poder não se fundam em si próprias, pois precisam de um fundamento. Os símbolos políticos nos oferecem uma resposta que olham avante, para que nossa vida em sociedade se tenhamos esperança de coisas futuras pelas quais valem a pena cooperar.

¹¹¹⁴ Não há como desconsiderar a visão constante em IRTI, Natalino. *Il salvagente della forma*. Roma/Bari: Laterza, 2007, pág. VII, e que circunstancia toda a obra na qual a forma aparece como a extrema via de salvação: se nenhum conteúdo é vinculante e todos os conteúdos oscilam entre ser e não ser, então é a forma a única realidade segura. Essa posição leva a um tema que vem ganhando grande ênfase no universo jurídico italiano que trata de um certo niilismo jurídico (nichilismo jurídico), posição cética que já teria sido colocada em Nietzsche (NIETZSCHE, Friedrich. *Il nichilismo europeo. Frammento di Lenzerheide*. Milão: Adelphi Edizioni, 2006), e que transportada para a perspectiva jurídica

passível esse de, não apenas gerar, mas também de incentivar práticas fortemente autoritárias¹¹¹⁵. Como bem acentuava Weber, na modernidade ocidental a lei passa a ser a fonte do poder por excelência, por representar ela uma vontade geral (utilizando-nos da consagrada expressão rousseauiana), ou seja, a manifestação volitiva da maioria (posição levada a extremos no normativismo kelseniano). Não seriam mais a tradição ou mesmo o carisma que possuem a hegemonia no processo de justificação do poder (embora ainda mantenham essa função, mesmo que mitigada), mas sim a lei, em sua forma jurídica, que em sociedades modernas e plurais se estruturam em torno de uma lógica burocrática. Nesta direção, com afirmaria Habermas, a forma jurídica acaba por suprir, nas sociedades contemporâneas, a ausência de uma eticidade forte, tornando-se o meio de integração social por excelência.

5.5.4 O papel da tradição (?) nas sociedades pós-tradicionais

Desde o Capítulo 1 vimos defendendo a necessidade de que um sistema jurídico desenvolva-se sem se afastar de sua identidade, de suas raízes, de sua tradição. Embora isso não signifique que mudanças de norte possam trazer benefícios e avanços, a verdade é que esses benefícios e avanços só podem ser assim considerados se houver por parte dos destinatários das normas a aprovação e a adesão a essas mudanças. Parece-nos que Habermas, no desenvolvimento de seu conceito de sociedade pós-tradicional, tenha colocado tintas excessivamente fortes no aspecto da pluralidade e complexidade das sociedades contemporâneas, mitigando seus aspectos comunitários. Seu ponto de partida para busca do entendimento é aquele rawlsiano de que estas sociedades (pós-tradicionais) seriam constituídas por indivíduos que não mais compartilham concepções filosóficas, religiosas e éticas.

entende que o Século XX fez com que a tecnicidade fosse considerada a característica fundante do direito (o direito se subordina à técnica e ao formalismo), afastada toda e qualquer verdade, justiça e racionalidade no âmbito do direito. Tudo é mutável e revogável, e por isso não há direito que valha por si, sendo que todas as normas são produto da convenção e expostas ao risco da arbitrariedade. A expressão de Kelsen “o direito pode ter qualquer conteúdo”, seria segundo POSSENTI, Vittorio. *Nichilismo Giuridico. L'ultima parola?*. Soveria Manelli: Rubbettino, 2012, pág. 91, a trágica manifestação do niilismo jurídico. Na mesma direção, as posições constantes em ROMANO, Bruno. *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo “noia” globalizzazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004 e IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*. Roma/Bari: Laterza, 2004.

¹¹¹⁵ Como Lembra, FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 292, haveria um decisiosinismo também à moda Luhmann, o qual reduziria a legitimidade a procedimentos decisórios, já que para ele bastam regras de procedimento legal como premissas legitimadoras. Portanto, há de se ter cuidado com a terminologia, pois, como se observa, o decisionismo no sentido apresentado embora conceda base para sistemas autoritários, funda-se na lei.

Se por um lado concordamos com a assertiva, por outro lado entendemos que se deva ter maior cuidado acerca quanto ao peso a ser concedido à mesma, pois diferentes contextos socioculturais e históricos podem gerar diferentes diagnósticos quanto ao grau de não compartilhamento dessas concepções filosóficas, religiosas e éticas. Por isso, nossa discordância não é de substância, mas de grau de intensidade. Aliás, a posição habermasiana parece-nos ser a de alguém que, situado em meio a uma Europa unificada, ainda tensionada pela necessidade de integrar culturas que exaltam exatamente suas identidades específicas (inclusive linguísticas), tem dificultada sua tarefa de produzir consensos e, conseqüentemente, normas que portem um nível alto de legitimidade.

Assim, embora entendamos ter ele avançado em relação à visão liberal (com a qual parece estar mais afinado), a perspectiva antropológica habermasiana é ainda tendencialmente abstrata e formalista, o que não se adequa à realidade de determinadas formações sociais como a brasileira e a portuguesa, apenas para citar dois exemplos.

Com estas colocações, não se quer afirmar que Habermas em sua visão teórica tenha descartado as influências histórico-culturais e sociais, no processo de produção de normas válidas e legítimas, já que os discursos no âmbito do procedimento para este fim, segundo o pensador alemão, admitem argumentos que se fundamentem em três tipos de racionalidade: moral¹¹¹⁶, pragmática¹¹¹⁷ (no que se aproxima de Hart) e ética.¹¹¹⁸ Esta última é aquela em que se tenta entrar em acordo precisamente sobre os fins da ação, sem deixar de levar em consideração, porém, aspectos culturais e axiológicos específicos da comunidade para quem a argumentação se dirige.

¹¹¹⁶ É aquela em que a ação é determinada por regras universalizáveis, ou seja, regras que cada um poderia racionalmente querer respeitar, independentemente de seus antecedentes culturais.

¹¹¹⁷ É aquela que trata de escolher os meios mais eficazes para a realização de um fim estabelecido à ação, tendo como referência as consequências das escolhas realizadas.

¹¹¹⁸ Tal tema é enfrentado em HABERMAS, Jürgen. *Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. Na pág 108, à questão "o que eu devo fazer?", que embala as discussões acerca da racionalidade prática, o autor explica que são os tipos de argumentos morais, éticos e pragmáticos que poderão responder a essa pergunta. É exatamente nessa direção que Alexy fundamentará o seu "discurso prático geral", embora seja famosa a divergência que ambos sustentam no entorno desta temática, que, entre outras questões, envolve a natureza universal das regras morais. De toda sorte, no ponto em questão, parece que uma possível polêmica acerca da possibilidade de ser o discurso jurídico um caso especial do discurso moral parece superada. Em posfácio presente em ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, pág. 319 e seguintes, Alexy apresenta sua resposta aos críticos, inclusive Habermas, aonde sustenta essa nova visão, ou seja, o discurso jurídico, como caso especial do discurso prático, deve conter argumentos de natureza moral, ética e pragmática, seguindo a própria visão presente em Habermas, embora divirja de outras críticas apresentadas por este último.

O que está se afirmando, no entanto, é que entre uma posição liberal e uma comunitarista, Habermas parece tender privilegiar a primeira, deixando de dar o devido acento (embora os considerando) aos aspectos culturais e históricos compartilhados pelos participantes do auditório, o que é coerente com sua visão teórica de considerar as sociedades contemporâneas como pós-tradicionais. Nesse sentido, na abordagem procedimentalista por ele proposta, a validade dos princípios se funda em regras formais e em determinados procedimentos que permitem que apontemos para a correção, ou não, de determinadas normas.

Na verdade, uma sociedade democrática, segundo Habermas, não é caracterizada pelo compartilhamento de valores entre indivíduos que a compõe – visto que sobre tais valores, os indivíduos divergem profundamente. O filósofo alemão entende que as sociedades democráticas devam ser regidas por princípios extraídos a partir de certos procedimentos que, uma vez respeitados e adotados, servem como suporte racional para que os indivíduos sejam capazes de refletir sobre a procedência e, também, sobre o estabelecimento destes princípios como base de uma convivência comum. Se a possibilidade do diálogo é eliminada em um procedimento comunicativo (o que por si só descaracterizaria o caráter “essencialmente” comunicacional, o discurso normativo que daí emerge se torna irracional¹¹¹⁹ e, em consequência, ilegítimo. Na verdade, entendemos que a legitimidade do discurso normativo não repousa em premissas procedimentais incontestáveis e absolutas, mas na garantia de confrontar posições divergentes em que a manutenção de “dogmas” se fundamente não em outro motivo que não esteja relacionado à força dos argumentos que sustentam sua própria racionalidade.¹¹²⁰

5.5.5 A tradição e o direito na tarefa de integração social

Outra posição, exposta por Ferrero meio século antes que Habermas expusesse suas teorias jurídico-políticas em *Facticidade e Validade*, antecipava, mesmo que de forma superficial (até mesmo porque a construção de Ferrero partem

¹¹¹⁹ Uma crítica interessante realizada à ética do discurso por Habermas e Apel é aquela levantada em KAUFMANN, Matthias. *Discurso e despotismo*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 105, quando o autor, aponta para o fato de que a principal dificuldade que os críticos (entre os quais, Annemarie Pipper, Wolfgang Kuhlmann) têm com a ética do discurso, reside no seu caráter pretensamente apriorístico e invariável das condições da racionalidade, de forma que, aqueles que não reconhecem a fundamentação última do próprio procedimento pode vir a ser taxado de irracional ou, como referencia Annemarie Pipper, “excomungado por Apel”.

¹¹²⁰ Nesta direção, embora não citando Habermas, mas seguindo sua visão, FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 297.

de uma abordagem histórica), muitos dos pontos que seriam posteriormente aprofundados pelo pensador alemão. No que se refere à importância da tradição, em específico, as posições entre os dois se distanciam. Ferrero definiu um regime legítimo, entre outras características que analisamos anteriormente, como aquele no qual o poder é estabelecido e exercitado segundo regras fixadas pela letra e espírito da lei, reforçados pela tradição.

Essa posição, embora não contextualizada no âmbito da discussão teórica acerca do conceito de sociedades pós-tradicionais¹¹²¹, tem a virtude de enfatizar o papel das tradições (ou ao menos nos chamar a atenção para a possibilidade de existência de certo compartilhamento de valores entre os membros de uma mesma sociedade). Parte-se da premissa que em sociedades nas quais o compartilhamento de valores é maior, há uma maior alívio ao direito em sua tarefa de integração social. Portanto, embora tenhamos a pluralidade como um valor, seu incentivo exacerbado expande as possibilidades tensionais entre os diversos grupos, gerando inequivocamente, como consequência, sobrecarga aos processos de integração a cargo do direito.

Não se está colocando em questão a existência de indiscutíveis benefícios presentes em uma sociedade pós-tradicional, na qual convivem muitas tradições que rivalizam entre si, pois isso é fato e, a nosso juízo, incontornável. O que se aponta neste caso é para a maneira como se observa o fenômeno social. Entendemos que o reconhecimento de valores comuns compartilhados também devem merecer proteção estatal. Aliás, ressalte-se que não se trata de defender uma posição antiliberal, pois também os valores liberais, independentemente de destacarem a autonomia como valor supremo da vida moral e política¹¹²² e não priorizarem uma forma específica de vida em detrimento de outra, são, para dizer o mínimo, valores reconhecidos pela ordem jurídica constitucional pátria desde que o país se fez independente, além de terem sido, pouco a pouco e de forma crescente,

¹¹²¹ Ao contrário do que ocorre com as sociedades tradicionais na qual a interpretação do mundo é exclusiva e totalizante, nas sociedades pós-modernas convivem em um mesmo espaço diversas tradições que disputam incessantemente entre si, qual é mais legítima. Por essa razão, uma moral pós-tradicional, explique-se, é por definição uma moral fraca, típica das sociedades pluriculturais - ao contrário de uma moral "forte" típica das sociedades tradicionais, principalmente as sociedades teocêntricas.

¹¹²² A questão de saber se os valores liberais são frutos de uma racionalidade que se pretende imparcial e neutral ou se são frutos de uma concepção cultural específica é geradora de alguns conflitos com sociedades não-ocidentais que, como já afirmamos, acaba por ser uma categoria que define menos a localização geográfica e mais um determinado estilo cultural e de vida). De toda sorte, mesmo que consideremos que esses valores liberais são frutos de uma forma de expressão cultural, maior ainda a razão para que os mesmos sejam reconhecidos como valores sociais e, portanto, reconhecidos pelo sistema.

incorporadas ao ideário mental da sociedade brasileira, espécie do gênero sociedade ocidental.

O que se tem em vista é que, embora não se desconheça que a força da tradição tenha sido bastante diluída pela multiplicação de modos de vida disponíveis aos indivíduos na chamada hipermodernidade¹¹²³, conforme denominação usada no Capítulo 1, ela ainda se faz presente como um cimento das relações sociais (embora, reconheçamos, diluído). Fazendo-se uma concessão às teses comunitaristas, em suas raízes mais antigas, aristotélicas, entendemos como um imperativo antropológico a visão de que o ser desenraizado, desconectado de qualquer realidade tradicional é uma idealidade que inequivocamente possui utilidade na construção de teorias e no processo de projeção de um determinado sentido de justiça, mas que sob uma perspectiva secular, não existe.¹¹²⁴

5.5.6 O juízo de legitimidade pela via procedimental – uma crítica

Na trilha de discussão acerca da própria “legitimidade” da via procedimental para obtenção de deliberações legítimas, não compartilhamos integralmente com a posição expressa por Habermas. Embora reconheçamos as grandes virtudes do procedimento por ele proposto, fundado no princípio neutral e imparcial¹¹²⁵ do discurso (D), que estabelece serem válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos podem dar assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais¹¹²⁶, consideramos que o problema da democracia não é apenas um problema de participação, na qual o mero ato de assentimento traria ao destinatário o reconhecimento de ser coautor, mas vai mais além.

Nesse ponto, embora saibamos que o indivíduo/cidadão contemporâneo esteja sobrecarregado das demandas de um mundo que cada vez mais lhe impõe

¹¹²³ E nesse sentido, admite-se que o direito positivo é, em muitos casos, quem possibilita comunidades extremamente artificiais manterem algum grau de coesão baseados não apenas na ameaça de sanções, mas em razão também de supostos acordos racionalmente motivados.

¹¹²⁴ Nesta direção, TAYLOR, Charles. *Atomism*. In: *Philosophy and the human Sciences. Philosophical papers 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, págs. 187-210, quando trata no artigo de uma obrigação que o indivíduo tem de “pertencer”.

¹¹²⁵ Nesta direção, HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 150

¹¹²⁶ Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 142.

análises complexas¹¹²⁷, entendemos que a mera participação formal e as garantias a ela inerentes podem ser insuficiente para o processo de legitimação do direito, ou seja, o mero procedimento por si só não garante uma democracia substantiva, mas apenas cumpre uma definição mínima do conceito.¹¹²⁸

Por isso, mesmo que entendamos que a ampliação do processo participativo é fundamental para a definição de democracia e, conseqüentemente, de legitimação, consideramos ser necessário que a este incremento quantitativo, seja adicionado um incremento qualitativo. Assim, na linha defendida por Wolfgang Kersting, é necessário incentivar e criar meios para que o uso da liberdade comunicativa e participação na arena política se dê em razão, também, de um compromisso ético com a comunidade.¹¹²⁹

Com isso não se defende uma atuação estatal, cuja função moderar e administrar o pluralismo, transmita orientações de valoração, invadindo, assim, uma esfera que não lhe pertence ao Estado. Todavia, para uma participação mais qualificada, mesmo uma sociedade liberal não deveria relegar ao acaso a formação de seus cidadãos, sob pena de que o próprio sistema venha a definhando. Parece-nos mais adequado que mesmo o Estado liberal compreenda o liberalismo como um bem (por mais que isso pareça contraditório) e invista na formação de um *ethos* ideal de cidadania, de forma que o indivíduo/cidadão, no uso de sua autonomia pública, ao abdicar de externar sua posição sobre temas de interesse da comunidade, transfira para as instituições o peso das escolhas, com a clareza e a consciência¹¹³⁰ que sua posição é, ainda assim, uma posição de participação.¹¹³¹

¹¹²⁷ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 151, que admitindo tal complexidade, afirma que essa indeterminação cognitiva é absorvida pela facticidade da normatização do direito.

¹¹²⁸ Conforme em KERSTING, Wolfgang. *Democracia e Educação Política*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág.111, “É romantismo democrático crer que a qualidade da cultura cidadã seja apenas um problema de participação (...) essa competência não se adquire por meio de procedimento de Direito Constitucional, mas tão-somente pela educação”.

¹¹²⁹ Em KERSTING, Wolfgang. *Democracia e Educação Política*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág.111-114.

¹¹³⁰ Segundo HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 158, deve-se permitir ao aos destinatários do direito renunciar, ou não, conforme o caso, sua liberdade comunicativa, adotando ele, então, o enfoque de um ator que calcula as vantagens e que decide arbitrariamente. Nesta passagem, Habermas parece deixar claro que a posição de quem abdica de participar é, sempre uma posição racional e conscientemente escolhida, sendo, inclusive, possível que as motivações de não participar tenham por fundo um cálculo individualista.

¹¹³¹ Em KERSTING, Wolfgang. *Democracia e Educação Política*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 111, o autor faz a seguinte afirmação: “quem lamentar a desmotivação política, a crescente falta de senso comunitário e a desertificação social do sistema de vida, não deveria calar a respeito de educação política. E quem quiser calar a respeito de educação política, não deveria fazer exigências de democratização, pleitear por engajamento da sociedade civil e cobrar mais oportunidades de participação.”

Nesse sentido, entendemos que as citadas clareza e consciência são fundamentais para a legitimação das normas produzidas pelos sujeitos que, a um só tempo, são produtores e destinatários de normas jurídicas. Porém, no mundo fático, a própria abstenção estatal no sentido de incentivar uma cultura de participação cidadã e cidadania consciente, leva-nos a acreditar que a crescente não-participação não deva ser vista como um ato político decorrente do uso da autonomia pública, mas sim como um ato apolítico, abstencionista, que leva ao definhamento da democracia e, por consequência (seja por ausência de quantidade de participação nos processos deliberativos, seja pela baixa qualidade dos argumentos nestes produzidos), na própria legitimidade das normas.

5.5.7 Legitimidade: o equilíbrio entre comunidade e o indivíduo

Isso nos leva a outra questão, que pode ser apreendida na visão de Ferrero e que com esta se conecta: ele evita depositar sobre o conceito de legitimidade todo o peso de uma racionalidade completa, ideal, metafísica e abstrata, evitando recorrer a uma unidade de medida hierarquizante, que estabeleça um tipo de legitimidade melhor do que outra. Essa posição parece se conformar com a posição assumida por Weber, quando o sociólogo situou legitimidade não a partir de um modelo específico ideal ou desejável, mas sim como um estudo das formas de estruturação do poder em que aqueles que sofrerão as consequências das normas emanadas reconhecem à autoridade de quem as emana e as segue, menos pelo temor da sanção e mais por enxergar naquela norma a emanação de um comando provindo de alguém com autoridade para fazê-lo. Por isso, entendemos que o conceito de legitimidade busca referências na própria realidade experimentada historicamente, pois ninguém escapa das especificidades do seu tempo.

De toda maneira, embora estejamos mitigando posições liberais, não estamos aqui a defender posições comunitaristas mais contundentes como aquelas propostas por Alasdair MacIntyre (principalmente) ou Michael Sandel (em menor grau). É bem verdade que nos identificamos com a posição moderada defendida por Michael Walzer, que afirma ser essencial o equilíbrio entre a comunidade e o indivíduo (posição intermediária entre o liberalismo e o comunitarismo) ¹¹³², de forma a não se defender de forma intransigente nem o multiculturalismo, nem o individualismo,

¹¹³² Embora seja classificado como um autor comunitarista, essa é uma posição ainda liberal (ainda que heterodoxa) e que pode, certamente, ser classificada como “briga de família”, no interior das linhas liberais.

pois não se deve ser simplesmente comunitarista ou liberal, modernista ou pós-modernista, mas sim ser ora uma coisa, ora outra, conforme o equilíbrio exigir.¹¹³³

5.5.8 A legitimidade em suas várias dimensões

A perspectiva de análise apresentada pelos vários autores acima nos possibilita perceber que o fenômeno pode ser visto sob vários ângulos, sob várias dimensões. Embora no mundo real estas dimensões evidentemente interpenetrem umas nas outras, o fato é que é possível observar em suas construções acerca do conceito os autores acabam por privilegiar uma ou duas dimensões em detrimento da outra ou das outras dimensões analíticas. Assemelhando-se à linha de exame utilizada nos Capítulos precedentes é possível estabelecer uma análise tridimensional do fenômeno, subdividindo sua exploração nas dimensões normativa, fática e valorativa.

Em Kelsen, e mesmo em Weber, o peso que se deposita na legalidade procedimental, nos leva a conclusão de que nestes autores a legitimidade predomina como expressão da lei imposta coercitivamente, de forma que é legítimo o que é legal. A rigor, nesta linha de pensamento deixa de ser exigível aquela que consideramos necessária conexão entre as escolhas dos representantes e a vontade dos representados. Como vimos, não desconsideram por completo a adesão destes, embora o mero cumprimento (mesmo que pela via coercitiva) já seja suficiente para se concluir por um juízo de legitimidade. Esta é uma perspectiva de análise privilegiada entre algumas vertentes positivistas¹¹³⁴, que parece ser mais facilmente extraída das obras jurídicas e das emanações jurisprudenciais.

Aliás, os processualistas parecem ter essa vertente em maior estima. O termo no sentido processual, que representa uma das condições da ação e trata da

¹¹³³ Essas ideias por nós apoiadas, são defendidas em WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999 e parece, ao menos em grau, diferir da posição presente em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 22, quando o autor parece rejeitar posições teóricas contemporâneas que salvaguardem distâncias e diferenças reconhecidas na base da manutenção de uma comunhão de convicções.

¹¹³⁴ Algumas, mas não todas. Em LUHMANN, Niklas. ***Legitimação pelo procedimento***. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, págs. 29-30, o autor rejeitaria tal solução. Para ele a legitimidade é *uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância. Nenhum sistema político poderia apoiar-se unicamente na força coercitiva, mas deveria antes buscar um consenso maior, de forma a permitir um domínio duradouro*

pertinência subjetiva da ação,¹¹³⁵ é verdadeiramente o mais conhecido entre os juristas. Aliás, embora as grandes discussões acerca do tema em sua vertente jurídico-política, privilegiada neste espaço, tenha natureza eminentemente constitucional, a jurisprudência do STF, quando faz referência à legitimidade, na esmagadora maioria das vezes, trata-a no seu sentido processual, o que escapa aos interesses deste trabalho. E escapa, entre outros motivos, exatamente por realçar o caráter formal do conceito, em detrimento das outras dimensões por que pode ser observado.

Assim, como já afirmamos acima, o fenômeno da legitimidade pode ser observado também pelas perspectivas fáticas e axiológica. Isso restou claro quando referenciamos no começo do presente Capítulo o binômio legitimidade/legitimação.¹¹³⁶ No que diz respeito ao conceito de legitimação, este designa os meios e os processos de que se vale o poder existente (ou a que se visa) a fim de despertar e cultivar a aceitação, o consenso e o reconhecimento em uma base territorial. Assim, a aceitação se converte no resultado da crença – correta ou não – de que o sistema é o mais adequado, por possuir os mecanismos adequados e motivadores para a obediência e para a aceitação. Estando ela mais relacionada aos procedimentos de avaliação empírica geradores da aceitação e reconhecimento da autoridade, acaba por se traduzir em uma dimensão fática da legitimidade, ou seja, busca realçar a descrição fática dos elementos ali dispostos (inclusive instrumentais-jurídicos, conforme veremos no próximo Capítulo), para fins de obediência a um sistema jurídico-político.¹¹³⁷

Já a expressão legitimidade, por sua vez, associa-se mais propriamente a fundamentos de natureza ética¹¹³⁸, que enfatizam a dimensão axiológica do conceito quando postos na mesa os critérios de justificação a que deve se submeter à decisão político-jurídica, em sua busca pelo reconhecimento da juridicidade normativa. Assim, a ideia de consenso livremente construído no processo de formação da vontade de um determinado grupo vem a ser considerada uma das bases éticas da sociedade de uma ordem jurídico-constitucional democrática, de forma que a legitimidade deve ser considerada um “valor” de enorme “peso” no processo de avaliação da própria

¹¹³⁵ Assim se manifestam PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I, pág. 190; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I, pág. 101; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 431.

¹¹³⁶ Em DINIZ, Antonio Carlos. *Legitimidade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 517.

¹¹³⁷ Neste sentido, DINIZ, Antonio Carlos. *Legitimidade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 517.

¹¹³⁸ Conforme DINIZ, Antonio Carlos. *Legitimidade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 517.

validade das normas jurídicas, mantendo os dois conceitos relação interna entre si, conclusão central no presente trabalho¹¹³⁹.

Como se pode observar, são aspectos meramente parciais de uma realidade única, que somente é subdividida em dimensões com o único intuito de aprofundar o nível de análise do fenômeno em sua completude. Daqui restam algumas intuições que serão desenvolvidas nos capítulos subsequentes: a) a legitimidade em sua dimensão fática (legitimação) pode ser medida por intermédio da análise dos institutos jurídicos que fundamentam o exercício do poder e suas emanações jurídicas, b) a legitimidade é um valor basilar da ordem jurídica, sendo imprescindível sua análise no processo de definição do juízo de validade/constitucionalidade acerca do ato estatal, disparador de sua vontade. São nossos próximos caminhos.

¹¹³⁹ Embora concordemos com a posição expressa em FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pág. 288, quando se afirma que a questão da legitimidade não se confunde com a da validade, nem com a efetividade, nem mesmo com a da obrigatoriedade ou imperatividade. Porém, mesmo havendo autonomia conceitual, entendemos haver relação clara entre os citados conceitos.

CAPÍTULO 6: A Separação dos Poderes e o Controle de Constitucionalidade

Ao finalizarmos o Capítulo anterior, fizemos referência à possibilidade de existirem sistemas cujas estruturas estariam mais aptas para produzir suficiente motivação nos destinatários de forma a gerar nestes maior grau de obediência e aceitação às regras postas pelo poder público. Neste caso, seriam os próprios mecanismos procedimentais que estariam habilitados a oferecer um adequado espaço de discussão para que as decisões produzidas trouxessem consigo o selo da correção legítima.

Parece-nos claro que no campo da prática o tema da legitimidade dos juízos de constitucionalidade não pode encontrar melhor espaço para serem discutidos do que em sede das elaborações teóricas e, principalmente, aplicações práticas do controle de constitucionalidade das normas jurídicas. Como já foi realçado na introdução, preocupamo-nos essencialmente com o controle das normas primárias, objeto imediato do interesse jurídico-político, realizado pelo Poder Judiciário, principalmente pela Suprema Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal, na delimitada extensão de sua atuação imposta pelo princípio da separação de poderes.¹¹⁴⁰

O denominado princípio da separação dos poderes do Estado é, aliás, um tema gerador de muitas controvérsias pelas questões que suscita. Por isso, as notas aqui contidas não têm como pretensão discutir tema tão espinhoso e cheio de problemáticas ramificações. A questão de fundo que nos interessa e que emerge como fundamental a partir do tema diz respeito ao exercício dos Poderes de Estado (mais propriamente o Judiciário), no âmbito da manipulação deste juízo de constitucionalidade em razão do grau de legitimidade em que se veem circunstanciadas as normas jurídicas produzidas em um Estado Democrático de Direito, em especial, o brasileiro.

A questão é geradora de infindáveis debates, e para que possamos enfrentá-los, iniciamos nossa exposição apresentando uma breve síntese acerca de algumas das teorizações fundamentais construídas no decorrer da história, principalmente a partir da Modernidade, a fim de que possamos, mais adiante, tratar

¹¹⁴⁰ Na visão de OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, v. I, pág. 348 trata-se de um dos subprincípios do princípio do Estado de Direito democrático.

do tema na forma como é visto pela doutrina hodierna. O intuito é demonstrar que o tema é grave, sendo objeto de indagações e reflexões por muitos séculos.

Há resquícios da discussão já em Aristóteles, que sem maior aprofundamento legou-nos a visão de que não seria aconselhável a concentração de poderes na mão de um só indivíduo, quando referenciou o problema da eficiência.¹¹⁴¹ Se bem mais tarde, em 1324, Marcílio de Pádua distingue de forma (ainda) superficial os poderes executivo e legislativo na obra “*Defensor Pacis*”¹¹⁴², Maquiavel em *O Príncipe*, já identificava a figura de três poderes na França, o legislativo (parlamento), o executivo (rei) e um judiciário independente, sendo que em “Discursos” expõe a teoria do controle mútuo onde todas as camadas da sociedade devem possuir certo poder constitucional.¹¹⁴³

É com Locke¹¹⁴⁴ que surge, doutrinariamente, de forma mais explícita, a ideia da separação dos poderes. A partir de uma perspectiva liberal estabeleceu o grande filósofo e político inglês que a função primordial subjacente ao contrato social seria a de proteger a propriedade e que em razão deste contrato deve o governo tratar dessas questões¹¹⁴⁵. Como, porém, na monarquia é o próprio rei parte interessada, Locke, utilizando-se do princípio de que nenhum homem deve julgar seu próprio caso, evidencia a necessidade de que o julgador seja independente do executivo¹¹⁴⁶. Porém, o que Locke almeja é que a legislatura se mantenha independente do poder executivo, sendo que em caso de conflito de interesses, deve ela manter preponderância perante o executivo do rei. Nessa linha, já se nota um claro delineamento de divisão de poderes, embora ainda não esteja configurada uma autonomização do poder judiciário.

Montesquieu, certamente influenciado pelas ideias lockeanas, mas também por Bolingbroke, configura a teoria da separação dos poderes de forma mais

¹¹⁴¹ Em ARISTÓTELES. *Tratado da Política*. Lisboa. Publicação Europa-América, 1977, quando afirma que uma das funções do Estado era deliberar sobre os negócios.

¹¹⁴² Sobre a temática, boa abordagem pode ser encontrada em AZNAR, Bernardo Bayona. *La paz em la teoría política de Marsilio de Padua. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía (Universidade de Málaga)*. Málaga: s/ed. 2006, v. XI, pág. 45-63.

¹¹⁴³ Conforme identificado em RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p.282.

¹¹⁴⁴ Apesar de haver quem entenda ser o autor inglês o verdadeiro autor da teoria da separação de poderes como SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional Português*. Braga: Livraria Cruz, 1983, p. 273, compartilhamos a posição assumida por PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, 63-64 de que se trata de mero precursor.

¹¹⁴⁵ Interessante observar que LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, 98-105, no Capítulo XI da citada obra, quando trata da extensão do poder legislativo, Locke concentra-se na análise das possíveis limitações do poder.

¹¹⁴⁶ Em RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p.350.

precisa e detalhada explicitando em sua obra teórica mais consagrada, a clássica teoria de divisão de poderes estabelecida no mundo ocidental. Nos dias de hoje quase todas as constituições existentes exaltam a existência das três funções clássicas do Estado¹¹⁴⁷, a) a legislativa; b) a executiva (das coisas que dependem do direito das gentes); c) a judiciária (das que dependem do direito civil).¹¹⁴⁸

Para Montesquieu cada poder apresentava suas funções intrínsecas e inconfundíveis e, embora admitisse que estas funções fossem confiadas a um só órgão, considerava sendo ideal que o Estado separasse os três órgãos, cada qual com sua função determinada, de forma a exercê-los harmonicamente e independentes entre si. A proposta da separação dos poderes tinha por base duas colunas: a proteção da liberdade individual¹¹⁴⁹ e o aumento da eficiência do Estado para uma melhor divisão de atribuições e competências tornando cada órgão especializado em determinada função.

O que é ainda hoje é percebida como lição de grande importância em Montesquieu diz respeito a vinculação entre a existência de liberdade e a necessidade que seja o poder exercido por pessoa diversa daquela que exerce um outro poder¹¹⁵⁰. Importante reflexão de Montesquieu é a que afirma que quando uma única pessoa, singular ou coletiva, detém poderes distintos, desaparece a liberdade, de forma que o exercício do poder judiciário e do poder legislativo por uma mesma pessoa leva ao arbítrio.¹¹⁵¹ Na verdade a soma de poderes faria do juiz um legislador, emprestando-lhe um poder opressor que se manifesta em forma de privação de liberdade política dos cidadãos.¹¹⁵²

Outro ponto que nos parece importante ressaltar, é a afirmação de que a teoria da separação de poderes viria a ter engendrado um mito, que consistiria em atribuir a Montesquieu um modelo teórico com os três poderes separados e

¹¹⁴⁷ Em MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2003, Livro XI, p. 165. Para BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 137, a técnica de separação de poderes de Montesquieu resume o princípio constitucional de maior prestígio de toda a idade liberal.

¹¹⁴⁸ Conforme MORAES FILHO, José Filomeno de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 155-156.

¹¹⁴⁹ Conforme VALDÉS, Roberto L. Blanco. *Il valore della Costituzione – Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*. Milão: CEDAM, 1997, p. 66, há uma íntima relação para Montesquieu entre o princípio da separação de poderes e a manutenção da liberdade.

¹¹⁵⁰ Como por exemplo, em várias oportunidades é citado em MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2003, livro VI, p.85-107.

¹¹⁵¹ Segundo MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2003, livro XI, Capítulo IV, somente o poder freia o poder.

¹¹⁵² Conforme MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2003, livro XI, p.166.

estanques, sem possibilidade de interferência entre si.¹¹⁵³ Não é verdade. A leitura atenta de Montesquieu, fundamentalmente quando afirma que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”, leva-nos a entender que o que estava prescrevendo era a necessidade de um sistema não somente proclamatório, mas que efetivamente garantisse a distribuição de poder¹¹⁵⁴.

Seguindo esta linha, é mais cuidadoso e coerente conceder voz àqueles que defendem a teoria dos freios e contrapesos (a *check and balance* americana) do que abraçar uma teoria da separação mais contundente dos poderes que, inclusive, deu à França uma tradição da qual a Escola da Exegese parece ser emblemática e que é muito criticada nos dias atuais. No Brasil o tema desperta enorme interesse, principalmente com o paulatino aumento das técnicas de controle de normas no âmbito da jurisdição constitucional, processo que se acelera a partir da Constituição de 1988.

6.1 A Identificação da Inconstitucionalidade da Norma como Consequência do Ato de Controle

Se a supremacia constitucional pode ser considerada um pilar dos modernos ordenamentos (posição assumida no Capítulo 4, afastando-nos daqueles que repugnam a ideia de rigidez constitucional), a questão que passa a ter relevância é a de saber como pode ser a mesma preservada de maneira que o sistema jurídico fique incólume aos ataques de normas com ele incompatível. Um dos maiores desafios durante a curta história do constitucionalismo moderno é conceder aos textos magnos uma normatividade que os afastem de um entendimento que os configurem como meras cartas de intenções políticas. Mais: deseja-se que além do simbolismo de adesão aos valores materiais que estabelece, possam também, e principalmente, serem detentores de eficácia jurídica e social para fazê-los efetivos no mundo jurídico e, utilizando uma expressão husserliana, no mundo da vida.

¹¹⁵³ Neste sentido, MORAES FILHO, José Filomeno de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 158-159.

¹¹⁵⁴ É o que pensa VALDES, Roberto L. Blanco. *Il valore della Costituzione – Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*. Milão: CEDAM, 1997, p. 67. Na mesma rota, MORAES FILHO, José Filomeno de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 158-159.

Como parece de todo evidente, isso só se torna viável a partir do momento em que o controle de constitucionalidade das normas jurídicas passa a integrar o cenário constitucional, ou seja, a constituição impõe-se na sua normatividade jurídica, entendida a esta a partir de seu caráter imperativo. Neste sentido, independentemente das relevantes discussões sobre quem deva exercer o controle de constitucionalidade, tem sido a jurisdição constitucional, na maior parte dos sistemas, a responsável pela proteção e eficácia da constituição, a fim de que possa esta exercer seu papel como norma fundamental e *lex superior*.¹¹⁵⁵

Feitas essas breves considerações, tratar das diferentes técnicas de controle que se utilizam alguns Estados, com o propósito de salvaguardar seus ordenamentos jurídicos.

6.2 A Justiça Constitucional

A justiça constitucional não pode ser estudada isoladamente já que reflete os princípios fundamentais sobre os quais se informam os singulares ordenamentos, especialmente no que diz respeito à forma de governo, às concepções das fontes e da jurisprudência e o valor dos direitos fundamentais. Somente colocando a justiça constitucional sob uma análise global se pode, portanto, compreender as razões das variedades das soluções adotadas pelos diferentes ordenamentos.

Alguns dos modelos acabam por serem paradigmáticos e formam o núcleo central de onde irradiam influências múltiplas a outros sistemas. O controle de constitucionalidade surgido nos Estados Unidos no início do Século XIX, só depois de um século é introduzido no continente europeu. Porém, se o *judicial review of legislation* se firmou no sistema presidencialista americano como consequência direta da supremacia da Constituição e do princípio da separação dos poderes, onde os três poderes são colocados no mesmo nível e são igualmente subordinados à Carta constitucional, na Europa, por sua vez, o princípio da separação dos poderes teorizado por Montesquieu, sob a base da história constitucional britânica cedeu seu posto ao princípio da supremacia do Parlamento.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁵ Por essa linha, FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

¹¹⁵⁶ Conforme DI SUNI, Elizabetta Palici. *La Giustizia Costituzionale*. In: DI SUNI, Elizabetta Palici. (Org.). *Diritto Costituzionale dei paese dell'Unione Europea*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2011, pág. 175-175. Porém, como ainda recorda a citada autora é possível apontar como primeiro caso de judicial review um caso ocorrido na Inglaterra. Trata-se do caso Bonhan , em 1610, quando o Juiz Coke afirmou que o direito

O controle judicial sobre a constitucionalidade das leis, como foi assumido nos Estados Unidos não se estendeu em direção ao Velho Continente porque neste a compreensão era a da inadmissibilidade que juízes sem legitimidade política colocassem em discussão leis adotadas por órgãos politicamente mais representativos, eleitos diretamente pelo povo. A este argumento se unia a escassa confiança e a suspeita que a classe política herdeira da Revolução Francesa nutria em relação aos juízes.¹¹⁵⁷

A título de elucidação, lembramos que a validade e a legitimidade dos órgãos que sobre isso decidem é tema tratado no cerne do estudo sobre controle de constitucionalidade. Assim, consideramos que para a compreensão do modelo que vem sendo aplicado no Brasil, há a necessidade de se entender a lógica e a inteligência funcional dos diversos sistemas de controle de constitucionalidade que o influenciam, em maior ou menor escala.

Por isso, entendemos necessário estabelecer, ainda que forma sintética, traços gerais sobre as paradigmáticas espécies de controle de constitucionalidade americana, francesa e austríaca, e de duas derivações delas advindas, com maior ou menor grau de influência: os modelos alemão e português, cujas soluções utilizadas vêm inspirando fortemente o modelo brasileiro de controle.

6.3 O Modelo Político Francês de Controle de Constitucionalidade

Elegemos o modelo político francês para dar gênese a esta breve avaliação, elucidando, desde já, que o que o maior detalhamento a ele conferido deve-se ao fato de que, embora seja um modelo menos conhecido entre juristas brasileiros, seus procedimentos de controle convergem para uma visão ideológica que enaltece a soberania popular e a divisão de poderes. Neste sentido, pode ele muito contribuir para o debate que se trava acerca da necessidade de se buscar leis e decisões legítimas, de maneira a equilibrar a intervenção judicial e política, nos termos já apresentados no Capítulo 5, mais precisamente na perspectiva habermasiana sobre a complementaridade entre a soberania popular (autonomia pública) e direitos fundamentais (autonomia privada).

comum poderia servir de parâmetro para controlar as leis do Parlamento. Porém, esse princípio foi logo abandonado, sendo substituído pelo princípio da Supremacia do Parlamento, com o Bill of Rights, em 1688.

¹¹⁵⁷ Famosa a frase de Robespierre, reproduzida em JELLINEK, Georg. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Viena: Hölder, 1885, pág. 2: “*Toute institution qui ne suppose pas le peuple bon et le magistrat corruptible, est vicieuse*”

Durante muito tempo a França foi hostil ao reexame judicial de constitucionalidade das leis. Muitos debates importantes ocorreram nos âmbitos judiciais e políticos, principalmente entre os anos 20 e 30 do século passado. A teoria mais desenvolvida – que se poderia até considerar como a teoria oficial é aquela que retraça os temas defendidos por Rousseau (e que hoje se entende como uma concepção rousseauiano-jacobina), que segue a linha de que “não se pode desviar da vontade geral”. De acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “a lei é expressão da vontade geral”, o que significa dizer que a expressão direta da nação é a lei. Por isso, não haveria norma jurídica mais importante do que a lei.¹¹⁵⁸

A fé devotada pelos iluministas franceses à razão humana, que deu gênese à construção teórica de que o povo deve titularizar o poder legislativo, acabou por enraizar no espírito francês a crença dogmática de que lei emanada sob os auspícios da vontade popular¹¹⁵⁹ não teria o condão de gerar abusos¹¹⁶⁰. Sob o signo desta crença, a França, bem como grande parte das democracias da Europa Ocidental, só veio a instituir um sistema de justiça constitucional após a Segunda Guerra mundial¹¹⁶¹, por entender que a lei – emanção da vontade popular - não poderia submeter-se a qualquer regra superior.

É evidente que apesar da existência de um modelo de controle de constitucionalidade mitigado em relação aos controles judiciais de constitucionalidade, o modelo francês toma para si grande importância pela importância que concede a lei, vontade imediata do povo (embora ela seja produzida por representantes, o que reduz esse grau de imediatidade), como via revolucionária e, portanto, de valor transcendente no sistema.

¹¹⁵⁸ DRAGO, Roland. *Introdução Geral*. In: *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 7. Também, SALGADO, Francisco Fernandez. *La justicia Constitucional: una visión de derecho comparado*. In: *La Justicia Constitucional em Francia*. Madri: Dykison, 2009, tomo II, pág. 54 e seguintes, quando trata do dogma rousseauiano e a soberania parlamentar e sua radical contradição com a *judicial review*.

¹¹⁵⁹ Segundo STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 272, Rousseau exercerá grande influência nos revolucionários franceses que inauguram, pela Revolução, em 1789, uma nova fase do Estado Moderno.

¹¹⁶⁰ Segundo MATHIEU, Bertrand. *La loi*. Paris: Dalloz, 1996, p. 30 a Constituição da Quinta República tem por objeto limitar a preeminência do Parlamento, reforçando o Executivo. Também se aproxima deste sentido, MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, p. 281.

¹¹⁶¹ Com isso, apesar da larga tradição francesa de valorização da lei, não há dúvidas que o sistema francês admite a supremacia constitucional sobre as leis. Ver BÉCHILLON, Denys. *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*. Paris: Economica, 1996, p. 250-251. Também nesta direção parece ir DRAGO, Roland. *Introdução Geral*. In: *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 8.

Por isso, por força de uma tradição histórica e intelectual específica (o que reforça algumas das posições expressas no primeiro Capítulo), a opção do modelo de justiça constitucional na França se fez em descompasso com os modelos paradigmáticos estabelecidos até aquele momento: o clássico modelo americano – exercido *a posteriori*, pela via difusa a partir do caso concreto – e o modelo kelseniano austríaco – abstrato, exercido pela via concentrada, conforme analisaremos mais adiante. Por isso não é de se surpreender que o constituinte francês de 1958, ainda que tenha adotado um novo modelo concentrado e abstrato, não tenha aberto mão de manter sua tradição de não mitigar a força da norma legal. Daí, ainda hoje, ser o controle predominantemente preventivo, embora em progressiva aproximação aos sistemas que aceitam o modo repressivo de controle, após a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, cujos efeitos somente passaram a ser observados em 1 de março de 2010, por força da regulamentação pela Lei Orgânica 2009-1523 de 10 de dezembro de 2009.¹¹⁶²

Assim, seguindo a linha adotada, procuraremos de forma sintética traçar as principais características do sistema de controle de constitucionalidade francês, com especial ênfase para as suas singularidades, suas virtudes e deficiências, comparando-o aos demais modelos, para posteriormente extrair algumas conclusões quanto sua possibilidade de contribuir no que se refere a uma maior participação do legislador no controle de sua obra.

Mesmo que não possamos negar que as alterações havidas no sistema de controle francês de 1958, por meio da Emenda de 2008, seja um inevitável processo de aproximação a que os sistemas jurídicos no mundo inteiro se submetem, a verdade é que a análise do modelo anterior, sob a perspectiva teórica muito contribuía (e ainda contribui) para se demarcar os espaços político e jurídico no processo de controle de constitucionalidade das normas.

A principal característica do modelo francês, como deixamos a entender, era a adesão quase integral à forma de controle preventivo, no qual

¹¹⁶² Conforme VIGOUROUX, Christian. *Les modalités d'examen de constitutionnalité pour la Question prioritaire de constitutionnalité*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. (Orgs.). *L'Examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*. Paris: Dalloz, 2011, pag. 21 e seguintes. A reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que acrescentou o art. 61-1 na vigente Constituição Francesa de 04 de outubro de 1958, deu ensejo a que o Conselho Constitucional passasse a realizar também um controle repressivo de constitucionalidade, sempre que a ele fosse submetido, dentro de certas condições, o exame de uma questão prioritária de constitucionalidade (QPC). Assim o órgão político francês já pode fiscalizar a constitucionalidade de leis em vigor, cuja desconformidade com a Constituição seja suscitada por qualquer das partes em processo judicial ou administrativo. A reforma constitucional em análise adotou, então um controle repressivo ao lado do já existente e predominante controle preventivo, para possibilitar ao Conselho Constitucional fiscalizar as leis tanto antes de sua entrada em vigor como depois de sua entrada em vigor (neste último caso, quando a lei não sofreu o controle preventivo).

vislumbramos virtudes, mas também algumas deficiências. O reexame da legislação pela via judicial há bem pouco tempo atrás, poderia ser considerada uma instituição estranha às concepções francesas, principalmente se levarmos em conta os aspectos ideológicos que circundam os conceitos de vontade geral e democracia¹¹⁶³. Hoje, com a revisão de 2008, há quem considere que foi aberta uma nova página realmente nova e de desenvolvimentos em grande parte imprevisíveis.¹¹⁶⁴

Lembrando que em determinados atos (leis orgânicas e regulamentos da das Casas do Parlamento) o controle preventivo é obrigatório, são critérios para submeter à questão prioritária de constitucionalidade ao exame do Conselho Constitucional, pela via repressiva, os seguintes: a) a disposição legislativa impugnada deve ser aplicável ao litígio ou processo ou constituir o fundamento da pretensão de qualquer das partes; b) a disposição legislativa arguida como inconstitucional não foi declarada anteriormente em conformidade com a Constituição pelo Conselho Constitucional; c) a questão é nova ou é de natureza grave.

Assim, mesmo que devamos admitir certo hibridismo e entendamos que esse pode auxiliar no aprimoramento do mecanismo de controle, a verdade é que, em conexão com o que afirmamos no Capítulo 1, as raízes ideológicas ainda estão aprofundadas na mentalidade francesa de maneira que as modificações introduzidas não retiram o protagonismo (em elevado grau) do controle preventivo, em clara homenagem às referidas tradições francesas.

Para alguns¹¹⁶⁵, a primeira grande virtude do sistema de controle preventivo consiste em que, nessa modalidade de controle, aborta-se a inconstitucionalidade na sua origem, impedindo que a lei inconstitucional produza seus efeitos deletérios no sistema jurídico, de forma que não se descartaria a necessidade de reconhecimento de eficácia jurídica da norma inconstitucional, ou mesmo a

¹¹⁶³ Nesta direção, TROPER, Michel. *Direito Constitucional*. In: *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 47. Porém, a revisão constitucional de 23 de julho de 2008 prevê também a possibilidade, pela primeira vez na história da República que o Conselho de Estado possa ser consultado até mesmo para aconselhamento sobre um projeto de lei. Sobre o tema SCHOTTL, Jean-Éric. *L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. (Orgs.). *L'Examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*. Paris: Dalloz, 2011, pág. 89.

¹¹⁶⁴ Conforme COSTANZO, Pasquale. *La "nuova" costituzione della Francia*. Turim: Giappichelli, 2011, págs. 97 e 161-162.

¹¹⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Nº 220. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 1-17

mitigação dos naturais efeitos da norma viciada. Neste caso, é imperativa e prevalecente a ideia de segurança jurídica¹¹⁶⁶.

Todavia, há quem¹¹⁶⁷ aponte como inegável efeito negativo do quase absoluto controle preventivo o impacto político, talvez mais intenso do que o causado pelo controle *a posteriori*, principalmente em países que adotam o sistema parlamentarista de governo, em que a troca de Gabinete e de coloração política da Administração ocorre com frequência.¹¹⁶⁸

Mas os críticos avançavam e não paravam aí, atentando para as seguintes deficiências deste modelo exclusivamente preventivo, característico do momento anterior à reforma. Eis algumas das linhas argumentativas:

a) Questionava-se a própria eficácia do sistema preventivo em si, pois estando o acionamento da justiça constitucional nesse sistema condicionado à observância de prazos e dependente de iniciativas de autoridades políticas, seria grande o risco de leis importantes e constitucionalmente duvidosas serem promulgadas sem que um dos titulares do direito de ação tomasse a iniciativa de questioná-las perante o Conselho Constitucional. A hipótese não é de ser descartada, embora seja ela de ocorrência rara, em razão da grande fragmentação político-ideológica caracterizada no sistema político da França.

b) Mesmo aquelas leis que passam por avaliação quanto à sua constitucionalidade podem vir a apresentar, no futuro, sintomas de inconstitucionalidade - seja por se tratar de inconstitucionalidade, que era meramente virtual ao tempo da verificação abstrata e apenas se concretizou no momento da aplicação concreta da lei, seja, também, por força do fenômeno da mutação

¹¹⁶⁶ Neste sentido, HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Manole, 2005, p.64.

¹¹⁶⁷ Em, GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Acesso em 29/06/2005.

¹¹⁶⁸ Em GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Localizado em 29/06/2005>. Acesso em 29/06/2005, afirma o autor "Nesse sistema de governo, a alternância entre equipes governamentais pode vir significar alteração radical na agenda política da nação, podendo ocorrer que uma nova equipe governamental, legitimada pelo voto popular, tenha de submeter sua vontade à força de decisões emanadas de autoridades não legitimadas pelo sufrágio popular."

constitucional.¹¹⁶⁹ Isto sem contar com a possibilidade de advir a inconstitucionalidade de possível modificação posterior do texto constitucional.¹¹⁷⁰

c) Outro sério defeito apontado no sistema de jurisdição constitucional de tipo francês refere-se a não-participação efetiva do cidadão ou da sociedade civil organizada no processo de controle, o que vai de encontro à tradição democrática francesa fundada no respeito às liberdades concedidas ao cidadão. Com efeito, no sistema de controle implantado pela Constituição francesa de 1958¹¹⁷¹ não era concedido espaço para a arguição da inconstitucionalidade da lei por parte de um indivíduo que se sentisse atingido por um dos seus dispositivos, mesmo que tal questão seja suscitada no caso concreto. Esse problema já foi reduzido com a Emenda de 2008, mas lembremos de que não há possibilidade de se rebelar contra ato que já tenha obtido um juízo de constitucionalidade pelo Conselho Constitucional, já que os juízes ordinários franceses, mesmo os de mais alta hierarquia como a Corte de Cassação e o Conselho de Estado (órgãos jurisdicionais ordinários), não têm poder de afastar a aplicação de uma lei ao caso concreto por considerá-la inconstitucional, devendo, no caso de não ter havido uma avaliação da mesma pelo Conselho Constitucional, encaminhar a este que se manifestará pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade.¹¹⁷²

De qualquer forma, é importante que registremos, que o controle preventivo, quando exercido com seriedade por aqueles que devem fazê-lo, possui a inquestionável vantagem de atenuar a possível incerteza e insegurança jurídicas, que

¹¹⁶⁹ É interessante observar a tradição da Escola da Exegese nessa desconsideração à ideia de mutação constitucional, em clara concessão à ideia de racionalidade da lei.

¹¹⁷⁰ Conforme lembra CUNHA JÚNIOR, Dirley. *O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2010*. Disponível em <file:///G:/O%20Controle%20de%20Constitucionalidade%20na%20França%20e%20as%20Alterações%20advindas%20da%20Reforma%20Constitucional%20de%2023%20de%20julho%20de%202008%20(1).pdf>. Acesso em 30 de junho de 2014, são critérios para submeter a questão prioritária de constitucionalidade ao exame do Conselho Constitucional, os seguintes: a) A disposição legislativa impugnada deve ser aplicável ao litígio ou processo ou constituir o fundamento da pretensão de qualquer das partes; b) a disposição legislativa arguida como inconstitucional não foi declarada anteriormente em conformidade com a Constituição pelo Conselho Constitucional; c) A questão é nova ou é de natureza grave.

¹¹⁷¹ O que acaba por determinar essa tentativa radical de mudança é a vontade do Poder Executivo de concentrar maiores poderes, alterando uma tradição de não controle do processo legisferante francês, que a partir da Revolução sempre se concentrou no Poder Legislativo. Neste sentido, CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel*. 20ª ed. Armand Colin: Paris, 2003, p. 538.

¹¹⁷² Tal ocorrência se dá em razão de que o exame da constitucionalidade das leis não se encontra entre as suas atribuições jurisdicionais, no julgamento de um litígio entre particulares ou entre estes e uma entidade estatal. Essa característica decorre dos valores cultuados pela sociedade francesa que têm sua origem nos ideais iluministas e nos ideais revolucionários, tal como a sacralização da lei e o da proibição aos juízes de proferir decisões de caráter normativo *arrêt de règlement*, que tem na Escola da Exegese sua mais cara explicitação. De qualquer maneira, ao cidadão, declarada preventivamente a constitucionalidade da lei, ou seja, sua reconciliabilidade com o texto constitucional, ou mesmo ultrapassado o prazo para dar gênese ao processo de controle, a lei torna-se ato legislativo irreversível, gerando a impossibilidade jurídica da declaração de incompatibilidade de seu texto com a lei maior, mesmo que se trate a discussão no âmbito do processo subjetivo.

decorrem da possibilidade de lei inconstitucional produzir efeitos até o momento do reconhecimento da inconstitucionalidade pelo órgão competente, fato comum aos modelos que exercem controle *a posteriori*.

No que se refere aos agentes legitimados para suscitar o exame de constitucionalidade de leis na França perante o Conselho Constitucional, somente os atores políticos de alta hierarquia institucional poderiam fazê-lo. Na versão original da Constituição de 1958, estavam legitimados tão somente o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os presidentes da Assembleia Nacional e do Senado podiam, o que acabou por determinar o fracasso do sistema, evidenciada a ineficácia do sistema naqueles primeiros anos de vigência da constituição, já que uma grande maioria parlamentar sufocava o perfeito controle normativo por qualquer grupo minoritário.

Porém, alguns fatores de natureza político-jurídica, mas também de cunho político-institucional¹¹⁷³, contribuíram para dar novo direcionamento à questão do controle de constitucionalidade nas décadas seguintes aos anos 60. Tratem-se de natureza político-jurídica que mais condizem com os objetivos do presente trabalho:

a) No que se refere ao âmbito jurídico-procedimental, a ampliação da legitimação para o exercício do controle de constitucionalidade ocorrida em 1974, estendeu a 60 deputados ou a 60 senadores a legitimação para suscitar o controle das leis perante o Conselho Constitucional, multiplicando o número de ações de inconstitucionalidade e fazendo surgir, a partir de então, dois fenômenos que são conhecidos no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988: a judicialização da política e a politização do Direito¹¹⁷⁴ (fenômenos que avaliaremos de forma mais vertical no Capítulo subsequente), elevando a importância do Poder Judiciário, concedendo-lhe um papel de grande relevância política na divisão de poderes da República. Desta forma, os opositores às linhas políticas desenvolvidas pelo governo, passam a enxergar no controle de constitucionalidade um eficiente meio de pressão e, principalmente, um instrumento apto a veicular suas concepções quanto ao correto

¹¹⁷³ Segundo GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Localizado em 29/06/2005>. Acesso em 29/06/2005, “O surgimento na Quinta República de um verdadeiro sistema de alternância política - Por fim, com a subida da esquerda ao poder em 1981 e com a consagração de um verdadeiro sistema de alternância política, o controle jurisdicional de normas, que a princípio era repudiado por setores importantes do espectro político, especialmente pelos partidos de esquerda, adquiriu definitivamente as suas “lettres de noblesse”, passando a ser utilizado e aceito alternada e indistintamente por todas as vertentes políticas do país. Em suma, cresceu não só em intensidade mas igualmente em credibilidade e visibilidade.”

¹¹⁷⁴ Conforme GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Localizado em 29/06/2005>. Acesso em 29/06/2005. O tema será posteriormente enfrentado.

entendimento a ser extraído do texto constitucional, o que vem a garantir um poderoso recurso de defesa de expressão das minorias parlamentares.

b) Um segundo fator de natureza jurídico-político refere-se à emergência do denominado *bloc de constitutionnalité* (bloco de constitucionalidade) que surge a partir de uma decisão pronunciada pelo Conselho Constitucional em 1971¹¹⁷⁵. Até então, o Conselho utilizava-se como parâmetro do controle tão somente os 92 artigos da sintética Constituição de 1958. Mesmo seu preâmbulo, fecundo sob a perspectiva axiológica, não era tido como dotado de densidade normativo-jurídica que o habilitasse controlar a constitucionalidade de normas. Entretanto, a partir da emblemática decisão o controle passou a se utilizar como parâmetro não só o texto constitucional, mas também o doutrinariamente denominado *bloc de constitutionnalité* isto é, um catálogo de normas constitucionais e metaconstitucionais composto não somente pelos 92 artigos da Constituição, mas também pelo seu Preâmbulo, que faz remissão direta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao Preâmbulo da Constituição de 1946 – o que acaba por conceder *status* constitucional a quase todos os direitos sociais fundamentais reconhecidos na França. Também é reconhecido como parte integrante deste bloco de constitucionalidade um catálogo de normas e princípios liberalizantes que o país adotou a partir de 1875, quando se desvinculou definitivamente do sistema monárquico, que são os princípios constitucionais reconhecidos pelas leis da República. Já nos anos 80, o *bloc de constitutionnalité* incorpora uma nova categoria normativa, a fim de referenciar o controle: os chamados “princípios sociais, políticos e econômicos particularmente necessários ao nosso tempo”. Esses princípios viabilizam uma constante atualização das concepções iluministas da Declaração de 1789, compatibilizando-as com o tempo presente.

Desta forma, observa-se que a criação do *bloc* ampliou sensivelmente as possibilidades de controle, na medida em que a obra ordinária do Parlamento passou a ser confrontada com normas metaconstitucionais, ou mesmo com ambições supraconstitucionais, já que delas já fazendo parte da consciência político-filosófica de boa parte do mundo, principalmente em sua parte ocidental.

¹¹⁷⁵ CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel*. 20ª ed. Armand Colin: Paris, 2003, p. 554-555. Informa o autor: “D’emblée, dans sa décision du 16 juillet 1971, le Conseil Constitutionnel avait défini d’une manière extrêmement large les normes qui avaient, outre la Constitution elle-même, valeur constitutionnelle sous la V^e République, et par rapport auxquelles devait s’opérer son contrôle sur les lois ordinaires.”

Seguindo sua tradição e deixando de lado denominações mais adaptadas à função jurisdicional, tais como “Corte” ou “Tribunal” ¹¹⁷⁶, a Constituição da Quinta República estabeleceu como denominação ao órgão titular da jurisdição constitucional o nome de Conselho Constitucional - que no decorrer da história francesa sempre designou órgão colegiado de superior hierarquia. Portanto, não se trata de tribunal, nem se situa organizacionalmente na estrutura dos tribunais judiciais, reforçando a compreensão de um órgão político.

Aos membros do Conselho que compõem um colegiado de nove membros ¹¹⁷⁷ não é exigido diploma de bacharel em Direito, o que não tem gerado objeção por parte dos constitucionalistas, já que se por um lado o exame comparativo das cortes supremas e constitucionais mostra que pessoas de formação exclusivamente jurídica - por utilizar-se de uma perspectiva de análise predominantemente dogmática - muitas das vezes não se parecem possuir vocação para o exercício de tal função ¹¹⁷⁸, por outro lado, sob uma perspectiva pragmática, e em consonância com o processo de transformação do Conselho Constitucional, de órgão predominantemente político, em órgão com crescentes atribuições “jurisdicionais”, é observável que os profissionais do Direito, pouco a pouco, vêm assumindo o controle da Instituição, mesmo que de forma não exclusiva ¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁶ Em DEROSIER, Jean-Philippe; GREN, Marie; MACAYA, Ariana. *Le Conseil d'État d'un juge de l'inconstitutionnel? Étude du rôle d'un juge de l'inconstitutionnalité potentielle de la loi*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. (Orgs.). *L'Examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*. Paris: Dalloz, 2011, pág. 33, o autor bem coloca que as expressões “Conselho de Estado e Tribunal Constitucional” podem parecer fortemente antinômicas.

¹¹⁷⁷ O Conselho Constitucional é composto por duas categorias de membros: os membros vitalícios (*membres de droit*) e os membros nomeados para um mandato de nove anos (*membres nommés*). Esses últimos são nove, sendo três designados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado. O mandato tem a duração de nove anos, não sendo permitida a recondução. É o que informa MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 139-140. Quanto aos primeiros, têm essa qualidade os ex-presidentes da República, aos quais a Constituição e a lei orgânica do Conselho Constitucional dão o privilégio de ter assento efetivo no Conselho, desde que observem um dever comum a todos os magistrados do país, ou seja, o dever de reserva quanto às questões decididas na via jurisdicional, não lhes, por isso, permitido politizar ou publicizar o processo decisório e deliberativo do órgão. Talvez por esse motivo, nenhum ex-presidente da Quinta República fez até hoje uso da faculdade constitucional de ter assento no Conselho Constitucional, o que leva à conclusão de tratar-se de previsão constitucional que caiu em desuso, não sendo raros os doutrinadores que pedem a sua abolição pura e simples. Neste sentido, GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Localizado em 29/06/2005>. Acesso em 29/06/2005.

¹¹⁷⁸ E isso é de extrema relevância já que a realidade mostra que a evolução político-constitucional da França nos últimos quarenta anos levou a uma mudança no perfil do Conselho Constitucional, que passou a ter como função primordial a de protetor dos direitos fundamentais. Neste sentido, GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Localizado em 29/06/2005>. Acesso em 29/06/2005. Também nesta direção, BREILLAT, Dominique. *Libertés publiques et droits de la personne humaine*. Paris: Glailino Éditeur, 2003, pág. 45.

¹¹⁷⁹ Segundo FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCHOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. 3ª ed. Paris: Ed. Dalloz, 2000, p. 306, dos 57 membros nomeados entre 1959 e 2000, cerca de 90% possuíam diplomas que acessam

A mais importante das atribuições do Conselho está prevista nos artigos 46 e 61 da Constituição: o controle de constitucionalidade das leis. De acordo com o artigo 61, cabe ao Conselho, em primeiro lugar, exercer o controle da conformidade constitucional das leis orgânicas - que em um exercício de comparação equivaleriam às nossas leis complementares - e dos regulamentos internos das Assembleias parlamentares. Neste caso, o controle deve ser preventivo e obrigatório, sob pena dos atos não adquirirem eficácia.

Ainda nos mesmos artigos, dispõe, mediante ação facultativa de iniciativa de uma das autoridades constitucionais legitimadas, a compatibilidade com a Constituição de qualquer lei antes de sua promulgação¹¹⁸⁰. Também o art. 54 prevê ainda uma terceira hipótese para o controle preventivo, e que ocorre quando um dos legitimados requer a declaração de inconstitucionalidade de compromisso internacional, não podendo ser este ratificado ou aprovado enquanto não houver reforma da Constituição, no sentido de torná-lo compatível com esta.

Estas três modalidades mais frequentes do controle preventivo acabam por determinar a característica que define a espécie francesa como um sistema onde ainda hoje o caráter preventivo é predominantemente hegemônico.

Mas o controle de constitucionalidade francês não se esgota aí, exercendo além da nova atribuição de controle repressivo estabelecido pela Emenda de 2008, outro tipo de atividade jurisdicional implementada pela Constituição da Quinta República que escapa a essa regra geral. Trata-se de dispositivo excepcional (37.2) que prevê outra espécie de controle repressivo de constitucionalidade, quando estabelece que todas as matérias distintas das pertencentes ao domínio da lei terão características de regulamento.¹¹⁸¹ Em razão dessa separação de esferas entre o âmbito de atuação de produção legal Poder Legislativo do legislativo e o âmbito de

as carreiras de magistrado da justiça comum ou da justiça administrativa, sendo que 40% eram doutores em Direito e 20% professores efetivos de faculdades de Direito.

¹¹⁸⁰ Algumas modalidades normativas, todavia, não são objeto do controle de normas exercido pelo Conselho Constitucional. Enquadra-se neste caso, por exemplo, as leis oriundas da vontade popular – as denominadas “leis referendárias”. O Conselho já decidiu, em duas oportunidades, que a lei aprovada por referendo não se enquadra no conceito de “lei” a que se refere a Constituição para efeito de controle de constitucionalidade. São igualmente imunes à jurisdição constitucional, tanto os atos normativos (*ordonnances*) editados pelo Executivo em virtude de delegação legislativa concedida pelo Parlamento, bem como as emendas constitucionais, situação, inclusive, que gerou duas manifestações do Conselho neste sentido. Conforme, GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Localizado em 29/06/2005>. Acesso em 29/06/2005, é o caso, então, de se concluir de se estar diante de atos imunes ao controle jurisdicional.

¹¹⁸¹ Tudo o que sobejar à enumeração do artigo 34 pertence à esfera, ao “domínio”, do Regulamento, ou seja, inclui-se na alçada normativa do Executivo. Em realidade, muitas dessas «inovações» foram instituídas com o objetivo único de levar a cabo o apoucamento do poder Legislativo e de fortalecimento do Executivo.

atuação na produção de normas regulamentadoras do Poder Executivo, é missão do Conselho Constitucional analisar abstratamente a repartição constitucional sobre o que é da competência do Legislativo e o que é da competência do Executivo, cumprindo assim uma das tarefas clássicas da justiça constitucional – a demarcação de competência entre órgãos constitucionais soberanos. Nesse sentido, mesmo antes da Emenda de 2008, como exceção à regra geral de controlar preventivamente, o artigo 37.2 inovava, entrevendo uma possibilidade do Conselho exercer uma função jurídica por excelência, aproximando-se da ideia do *judicial review*.¹¹⁸²

Outra situação que já se fazia entrever certa flexibilização do sistema francês pode ser observada a partir de duas decisões do Conselho Constitucional (uma de 1985 e outra de 1999), quando superaram a regra geral de que a lei promulgada não pode mais ser objeto do controle de constitucionalidade, estabelecida tal regra no edifício teórico erguido a partir do princípio segundo o qual somente as leis aprovadas pelo Parlamento, mas ainda não sancionadas pelo Presidente da República, podem ser objeto do controle.

Em ambas as situações, o Conselho declarou ser possível o reexame da constitucionalidade de uma lei já promulgada, por ocasião do controle de uma lei posterior que a modifica. Esse típico controle *a posteriori* pode ser visto como indicativo de uma tendência evolutiva do controle de tipo francês. Dessa evolução deflui necessariamente uma conclusão que, ainda que não decorrente da Constituição, surge como construção lógica: mesmo na França, a jurisprudência do Conselho Constitucional se impõe a todos os poderes públicos, exceto a ele mesmo.¹¹⁸³

¹¹⁸² Nesta via, MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 147. Na França, há quem entenda que seria benéfico ao regime francês adotar o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Em artigo sobre o tema LE POURHIET, Anne Marie. *Marbury vs. Madison est-il transposable en France?* In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p.149, a autora conclui neste sentido, da seguinte forma: “*Seul le souci de cohérence de l'ordre normatif de logique, et de simplicité institutionnelle et de bonne administration de la justice détermine ma faveur pour la transposition en France du contrôle diffus*”. O desenvolvimento do pensamento a autora reconhece as dificuldades para tanto, mas considera que são essas superáveis.

¹¹⁸³ LE POURHIET, Anne Marie. *Marbury vs. Madison est-il transposable en France?* In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p.149, mesmo reconhecendo a importância de adesão pela França do sistema difuso, entende ser o exercício de controle pelo poder jurisdicional pode significar uma ameaça para a democracia. Tal posicionamento reforça a tese contida em ZOLLER, Élisabeth. *Marbury x Madison: Deux siècles de censure judiciaire*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 3 quando a autora informa que franceses se separam dos americanos em razão de entenderem estes últimos ser a corte a natural guardião de documento escrito que incorpora os princípios que conduzem um povo à felicidade, mas aproximam-se destes no que se refere ao reconhecimento de que a constituição se impõe sobre os demais atos normativos emanados pelo Estado. Em síntese, os franceses em geral vêm admitindo a superioridade constitucional, mas ainda não confiam nos juízes para exercer o controle da Constituição.

As decisões do Conselho Constitucional têm efeito *erga omnes*, pois nos termos do art. 62 da Constituição elas “se impõem aos poderes públicos”. No aspecto formal, essas decisões do Conselho são bastante semelhantes às das outras jurisdições do país. Ao contrário da tradição do nosso STF e da Corte Suprema dos EUA, em que as decisões tomam a forma dissertativa, na França elas são redigidas e motivadas sob a forma de “considerando”, “visto que”, “atendendo a que”, para, só então, concluir-se com o dispositivo da decisão. Os “considerando” e “vistos” integram o conteúdo da decisão. Este método, para quem não é com ele familiarizado, dificulta sensivelmente a compreensão do conteúdo da decisão.

Em um primeiro momento, as decisões do Conselho eram bastante sucintas, seguindo, aliás, a tradição jurisdicional do país. Na França é comum dizer-se que em matéria jurisdicional, “*la concision est la règle d’or*”. Mas nos últimos tempos tornaram-se bastante longas, algumas tendo chegado a ter cerca de cem “considerando”.

A exemplo das demais cortes constitucionais europeias, bem como do nosso STF, o Conselho Constitucional utiliza com bastante frequência a técnica da interpretação conforme (“*décision de conformité sous réserve d’interprétation*”), conforme vimos no Capítulo 4. Por meio dessa técnica, o órgão jurisdicional emite uma decisão de conformidade da lei com a Constituição, desde que aplicada única e exclusivamente no sentido estipulado no julgado. São decisões que, no dizer do Professor Favoreu, têm conteúdo «construtivo, neutralizante ou diretivo», já que por elas são emitidos comandos interpretativos precisos em direção ao intérprete ou aplicador da lei que, desta forma, somente poderá aplicá-la em conformidade com as diretrizes interpretativas fixadas na decisão jurisdicional.

Não é incomum encontrar nas decisões do Conselho toda uma gama de conceitos e princípios desenvolvidos ao longo de décadas pela jurisdição administrativa, tais como o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, as teorias do desvio e do excesso de poder, do erro manifesto de apreciação, do custo e benefício, e a dos princípios gerais do direito. Na eventualidade de não ser afastada a referida declaração ficam os órgãos legislativos vinculados, não podendo promulgar ou publicar norma, ou ainda aprová-la novamente, salvo se forem sanados os vícios formais que a macularam.

Embora entendamos que o controle de constitucionalidade de tipo francês esteja em processo de desenvolvimento, principalmente a partir da Reforma

Constitucional de 2008, que faz com que vá superando alguns dogmas clássicos, a verdade é que algumas das concepções presentes no modelo anterior à referida Reforma, não apenas nos servem de norte para aprofundar a análise sobre a legitimidade dos atores jurídico-políticos no processo de determinação das normas sistemicamente válidas, como também nos serve para questionar, por via de consequência, o próprio caráter deontológico dessas normas.¹¹⁸⁴ Por esta razão, se é verdade que sob o ponto de vista pragmático o modelo exclusivamente preventivo mostra-se desgastado e (possivelmente) superado, sob o ponto de vista acadêmico ainda é uma poderosa referência teórica para aprofundar a análise do desejável equilíbrio de forças entre parlamento e tribunais constitucionais no que diz respeito à atribuição e perda de juridicidade normativa.

6.4 O Controle Judicial de Constitucionalidade e Seus Modelos Paradigmáticos

A supremacia das leis constitucionais seria mera expressão vazia de conteúdo se elas pudessem ser impunemente violadas pelos órgãos do Estado. Uma norma possui valor jurídico superior ao de outra norma somente se a edição de uma segunda norma contrária à primeira puder ser sancionada.¹¹⁸⁵ Verifica-se, assim, que a hierarquia superior da norma constitucional - obra de um poder constituinte - sobre as demais normas do sistema - obras de um poder constituído pelo poder constituinte - demandam um processo especial de revisão, sendo que este processo garante estabilidade ou rigidez superior àquelas que as leis ordinárias desfrutam¹¹⁸⁶ o que nos leva a concluir que, devendo existir no ordenamento jurídico uma compatibilidade vertical de normas, as situações que não estejam aí enquadradas devem, portanto, ser atacadas pela via do controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, como consequência lógica da superioridade das normas constitucionais, o que, acaba por gerar efeitos diversos em todo o sistema.

O Princípio da Supremacia Constitucional ultrapassou o terreno meramente filosófico-político e adentrou no campo da experiência jurídico-política

¹¹⁸⁴ Conforme em BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 49, apesar da longa tradição de hostilidade ao reexame judicial da legislação, as inovações estão sendo bem recebidas. O conselho vem obtendo êxito em se apresentar como um tribunal, e acredita-se que um tribunal deva ser neutro, aplicando leis preexistentes em vez de preferências políticas.

¹¹⁸⁵ Conforme HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 58.

¹¹⁸⁶ Segundo BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 297.

quando, no início do Século XIX, como efeito derivado, fundamentou, a partir do emblemático caso Madison x Marbury, a teoria de controle constitucional.¹¹⁸⁷ Não sendo o caso de se estabelecer uma exaustiva análise descritiva do emblemático *case*,¹¹⁸⁸ cumpre, todavia, ressaltar, que seu desenvolvimento acabou por deixar como legado o instituto do *judicial review*,¹¹⁸⁹ controle de constitucionalidade tipicamente americano, posteriormente importado por diversos países, dentre os quais o Brasil, tema que, naturalmente, será objeto de análise mais adiante.

Desta forma, partindo-se do axioma de que uma Constituição é dotada de rigidez e supremacia normativa, e tem como finalidade limitar e racionalizar o poder estatal, Canotilho, recorrendo a Zippelius, reitera entre nós o Princípio da Interpretação das Leis em Conformidade com a Constituição¹¹⁹⁰ como um princípio de controle com a função de assegurar que a interpretação constitucional seja estabelecida em conformidade com a Carta Máxima e também em consonância com outros cânones na atuação interpretativa que deve ser observado por aqueles que estão responsáveis pelo controle de constitucionalidade¹¹⁹¹, de forma a privilegiar os seguintes princípios:

a) Princípio da unidade e sistematicidade da Constituição, que significa que a constituição deve ser interpretada de maneira a evitar contradições entre suas normas. O intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais, como

¹¹⁸⁷ É bem verdade que conforme chama atenção VALDÉS. Roberto L. Blanco. *Il valore della Costituzione – Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*. Milão: CEDAM, 1997, p. 88, a Constituição norte-americana de 1787 apresenta um duplice interesse do ponto de vista de sua virtualidade jurídico-política: de uma parte da separação de poderes do Estado, e de outra parte, e também de um procedimento específico e especial para sua reforma que acaba por se transformar no que no século seguinte seria chamado controle de constitucionalidade.

¹¹⁸⁸ Contundente é o texto da decisão cunhada pelo Juiz Marshall 1803 (5 U.S.(1 Cranch)137 (1803), a seguir selecionado, a partir da tradução realizada por RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958, p.37: “A Constituição é a lei suprema e a lei que a contraria é nula. Tal teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, consequentemente, deve ser considerada por esta Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. Não deve, por isso, ser perdida de vista na ulterior consideração deste assunto. Se uma lei do Congresso, contraria a Constituição, é nula obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais, e devem estes dar-lhes efeito? Ou em outras palavras, embora não seja lei constitui regra operante, como se lei fosse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido na teoria; e pareceria ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sobre o mesmo é desnecessário insistir.”

¹¹⁸⁹ Ainda que o conceito de *judicial review* já fosse conhecido pelo menos uma década e meia antes do mencionado caso (cf. afirmou RAKOVE, Jack N. *Judicial Review Before and Beyond Marbury*. In: *Marbury x Madison:1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 39), a verdade é que o mesmo ganhou notoriedade, passando a ser objeto de estudos e discussões, a partir da famosa decisão.

¹¹⁹⁰ Em CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1212-1213. Segundo o constitucionalista, quando trata do mencionado princípio “... no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição.”

¹¹⁹¹ Ver CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1209-1212.

preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios e não como normas isoladas e dispersas¹¹⁹², buscando a harmonia do sistema;

b) princípio do efeito integrador, que significa que na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se dar primazia aos critérios do ponto de vista que favoreçam a integração política e social e ao reforço da unidade política, afastada aí uma possível compreensão conducente a uma política autoritária ou fundamentalista;

c) princípio da máxima efetividade ou máxima eficiência, ou seja, a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê e por isso quer significar que normas ou omissões infraconstitucionais não podem obstaculizar a realização da Constituição, salvo quando ela mesma permite;

d) princípio da justeza: visa a impedir a ocorrência, em sede de concretização da constituição, de qualquer alteração na repartição de funções constitucionalmente estabelecida;

e) princípio da harmonização ou da concordância prática: aquele que impõe que haja coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito, de maneira a se evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

f) princípio da força normativa da constituição: na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prevalência aos pontos de vista que possam contribuir para que se extraia uma eficácia ótima da constituição.

O controle de constitucionalidade das leis ora se apresenta como controle formal, ora insere características de um controle material. O primeiro, como vimos, é por excelência um controle estritamente lógico-jurídico, conferindo conformidade normativa quanto a sua organicidade, procedimentalidade e competência. Sendo de feição técnica, é típico objeto de análise da Teoria do Direito. Cuida ele tão somente de aspectos formais, não alcançando sua análise o conteúdo substancial da norma impugnada. Neste controle constata-se a validade sob a perspectiva formal, ou sobre a perspectiva específica jurídica, termo que usamos nos Capítulos 3 e 4.

¹¹⁹² Conforme STRECK, Lenio. *A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate do positivismo v. (neo) constitucionalismo*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio M. Barreto. (Orgs.). *Diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 296 e LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, pág. 185, embora o sujeito seja quem constrói o objeto do conhecimento, isso não o autoriza a projetar sua própria interpretação, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma tivessem existência autônoma.

Deve-se admitir, porém, que isto é muito menos que o necessário, pois que se aderindo a uma perspectiva humanista e de supremacia axiológica dos direitos fundamentais, não há como deixar de compreender que as constituições existem para o homem - afirmando seus direitos como derivação à proteção de sua superior dignidade – e não para o Estado que, ainda que considerado sob o ponto de vista de tutor dos interesses coletivos, é um ente fictício que historicamente mais se inclinou para fazer prevalecer os interesses de grupos dominantes que em seu nome exerciam o poder, do que fazer valer os reais interesses das maiorias, às vezes de forma totalitária e violenta.¹¹⁹³ Para tanto temos o controle de constitucionalidade material que trata do conteúdo substancial normativo, principalmente em sua abrangência axiológica. Sob este aspecto, é necessário que seja a norma objeto de análise, às vezes de grande complexidade, onde se afere se a mesma encontra-se, ou não, em consonância com os padrões axiológicos da constituição – e neste caso, referimo-nos ao seu espírito, à sua filosofia e aos seus princípios políticos fundamentais¹¹⁹⁴, bem como a um tipo de racionalidade que escapa dos padrões imediatistas (meramente utilitarista) dos que exercem o poder¹¹⁹⁵.

Por isso, na perspectiva material, os vícios se relacionam ao conteúdo do ato, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados nele próprio e as regras ou princípios estabelecidos na constituição. Na inconstitucionalidade material, ou substancial, os vícios são as próprias disposições ou o comando normativo singularmente considerado¹¹⁹⁶ – ao contrário do que ocorre com o vício formal que naturalmente contamina todas as normas do ato normativo. Relevante, nesse sentido, é a ideia de que uma norma jurídica em conformidade com a Constituição exige uma pré-compreensão acerca do sentido de Constituição¹¹⁹⁷. Não se interpreta, assim, um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado que o intérprete tem da Constituição.¹¹⁹⁸

¹¹⁹³ Também neste sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298.

¹¹⁹⁴ Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 299.

¹¹⁹⁵ Embora não discordemos daqueles que como em ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho*. Barcelona: Bosch, 1961, pág. 288, que o razoável só é aferível na história, com tempo, lugar e circunstâncias definidas.

¹¹⁹⁶ Neste caminho, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.951.

¹¹⁹⁷ Embora, seguindo ensinamento de SALDANHA, Néson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro. Renovar, 1992, pág.226, a “pré-compreensão” de ontem dialeticamente transformada em compreensão de hoje e assim indefinidamente, pressupõe que mesmo as concepções de constituição são dinâmicas e alteráveis no decorrer do tempo.

¹¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *A crise hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.105.

Nesse sentido, tendo o controle de constitucionalidade material viés largamente político, onde o processo criativo afasta-se de uma feição meramente técnico-jurídica – esfera da Teoria do Direito – e aproxima-se de uma perspectiva jusfilosófica que procura na norma examinada seus fundamentos axiológicos¹¹⁹⁹, ou mesmo eidéticos que, seguindo uma linha fenomenológica, permanecem estáveis.

Por fim, nesta via, observa-se que são grandiosos os esforços de uma construção hermenêutica fundada na racionalidade prática¹²⁰⁰, a fim de que o controle da constitucionalidade não se perca em subjetivismos sofisticados. Assim sendo, grandes são os esforços manifestados pelos investigadores do Direito no sentido de limitar o alcance da vontade do juiz para que esta não se sobreponha à vontade parlamentar, argumento este que externa a mais poderosa crítica no que se refere à suposta ausência de legitimidade do poder judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis, conforme discutiremos no próximo Capítulo.

6.4.1 A gênese histórica do controle judicial e o fundamento de Marshall

O controle de constitucionalidade, como já dito, é geneticamente vinculado à ideia da supremacia constitucional, na forma concebida por Marshall, quando estabelece como dogma a invalidade dos poderes políticos fora do círculo dos textos constitucionais. Colhe seu fundamento, como é mais lógico deduzir, nas teorias Iluministas do Século XVIII, como produto da *original and supreme will of the people*.¹²⁰¹ Aliás, como já abordado no Capítulo 3, ratifica-se que esta supremacia representa a superioridade da vontade do povo sobre a de seus representantes - esses, legitimados como agentes legiferantes, mas em obediência à soberania popular, derivação do ideário racionalista moderno.

Entretanto, se houve originalidade na forma como foi desenvolvida a teoria por Marshall, o certo é que não é possível apreender originalidade no que diz respeito à substância da ideia, pois que já a partir do final do Século XVIII, existia

¹¹⁹⁹ Aqui procura-se traçar uma diferença entre fundamentos axiológicos, que seriam os valores historicamente construídos e os fundamentos eidéticos que, para quem os aceitam, são aqueles que possuem uma existência universal e atemporal. Em REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.32 e p.272, o autor procura uma síntese entre tais conceitos quando trata da denominada “invariante axiológica”, que seria o fundamento valorativo que, mesmo histórico, é de tal forma inspirador e legitimador dos atos humanos que o temos quase como inatos.

¹²⁰⁰ Aqui, na linha encontrada em GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993, v. I, pág. 343, a razão a que nos referimos é aquela real e histórica, ou seja, referida ao mundo e às circunstâncias a que se refere.

¹²⁰¹ SAUNDERS, Cheryl. *It seems... to be a leading case*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p.99.

precedente nos Estados de New Jersey (1780), Virgínia (1782), Carolina do Norte (1787), declarando nulas as leis por contrariarem a Constituição¹²⁰². Também antes do famoso *case*, os Federalistas, nomeadamente Hamilton, em 1787, sustentava a competência do Poder Judiciário para interpretar as leis, e que a Constituição deveria ser vista como lei fundamental com preponderância sobre a lei ordinária¹²⁰³, em clara antecipação da teoria que consagraria Marshall.

De qualquer forma, embora a Constituição americana já estabelecesse três poderes, nos termos expostos pela clássica formulação de Montesquieu¹²⁰⁴, pode-se apontar a decisão do famoso caso como o verdadeiro marco da emancipação do Poder Judiciário,¹²⁰⁵ sob um ponto de vista histórico¹²⁰⁶. Para justificar a supremacia, Marshall utilizou-se de uma linha argumentativa - na esteira do que já anteriormente teriam formulado Locke e Sieyès - de que sendo a constituição produto do povo soberano, estaria ela habilitada a limitar o poder de seus representantes¹²⁰⁷. Não se trata, em conformidade com a linha adotada, de situarmo-nos à frente de uma tese autoprobante,¹²⁰⁸ nem de um possível argumento verdadeiro *per se*, mas sim de um juízo de valor.¹²⁰⁹ De qualquer forma, a questão não pode ser evitada, visto ser crucial o debate acerca da legitimidade¹²¹⁰ que possui a constituição para reger e comandar todo o sistema normativo.

¹²⁰² Assim, POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 24 e 25.

¹²⁰³ Conforme HAMILTON, Alexander. *Os Federalistas*. Capítulo LXXX. In: *Série "Os Pensadores" nº XXIX (Jefferson, Paine, Os federalistas, Tocqueville)*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973, p. 180-184.

¹²⁰⁴ Segundo BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 137: "Consta haver Montesquieu cometido erro fundamental quando propôs a Constituição da Inglaterra por exemplo vivo relativo à prática daquele princípio político de organização política, porquanto na ilha vizinha o que efetivamente se passava era o começo da experiência parlamentar de governo, esbatendo toda distinção de poderes. Mas ressaltam os bons tratadistas que se erro houve, esse erro há de ter sido fecundo, visto que enriqueceu o constitucionalismo europeu de seu instrumento mais poderoso e mais rígido de proteção e garantia das liberdades individuais, a saber, a separação de poderes."

¹²⁰⁵ Conforme MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Americana*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994, p. 93, o princípio da separação de poderes não apenas foi um dos que mais influenciou a Constituição Americana, como é ele que justifica muitas das soluções consagradas na Constituição. É interessante lembrar que na França a teoria de Montesquieu não tem a projeção que obteve nos Estados Unidos. Seria o caso de dizer que na França, na luta de gigantes, Rousseau se sobrepôs a Montesquieu.

¹²⁰⁶ Nesse sentido, MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Teoria do Estado: Uma introdução crítica ao Estado Democrático Liberal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.167.

¹²⁰⁷ Cf. TROPER, Michel. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 218.

¹²⁰⁸ Ao contrário do que afirma CORWIN, Edward S. *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*. [S.l.]: Harvard Law Review, 42 (1928) p. 149-185, quando afirma "first, that natural law is entitled by its intrinsic excellence to prevail over any law may be appealed to be human beings against injustices sanctioned by human authority."

¹²⁰⁹ Cf. TROPER, Michel. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 218. Todavia, ainda que concordando com a assertiva do autor, acresça-se que se trata de um juízo de valor caro às sociedades modernas ocidentais, sendo mesmo difícil não extrair desta conclusão que a mesma envolva uma incontestável dose de racionalidade prática, ainda que determinadas culturas a rejeitem.

¹²¹⁰ Procuro aqui adotar o conceito de legitimidade adotado por ALBUQUERQUE, Martim de. *Legitimidade*. In: *Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editorial Verbo, s/ ano, v. III,

Este entendimento tem sido observado como um dogma pelo mundo jurídico brasileiro desde a quebra do paradigma da supremacia parlamentar¹²¹¹, quando aderiu o Brasil ao sistema do controle de constitucionalidade nos moldes do *judicial review* americano, como veremos. No entanto, é relevante observar que esta tradição é temporalmente datada, e que somente com a Constituição de 1891 adotou-se a solução americana, em detrimento da tradição de supremacia parlamentar adotada na Europa – Inglaterra em 1688¹²¹²; França, a partir de 1789¹²¹³; e de forma generalizada em boa parte do continente a partir de 1830, com a proliferação de governos constitucionais -, o que demonstra que não existe absolutividade quanto ao entendimento de ser o Princípio da Supremacia Constitucional, mesmo nos dias de hoje, uma verdade jurídico-política incontestada, já que grandes tradições não lhe concedem papel de relevo.

Se dúvidas podem ser suscitadas quanto à capacidade de que se possa ter para afirmar inequívocos fundamentos que justifiquem a supremacia constitucional, resta-nos o consolo de que o enfrentamento da questão pode oferecer ricos debates a partir da temática polêmica que suscita. A guisa de exemplo, poderíamos citar a

quando concebe-a como atributo do poder que relaciona-se a uma escala superior de valores, traduzida pelo sentimento geralmente difundido na comunidade, afastando-se, por essa via, da ideia de positividade que reflete o princípio da conformidade lógico-formal à lei em vigor. Assim, de maneira muito sintética, poder-se-ia dizer que a legitimidade se avalia sob o prisma da justiça e, portanto, aderindo totalmente à percepção do autor quanto ao conceito formulado, podemos concluir que nem toda legalidade é legítima.

¹²¹¹ Ilustra com perfeição este momento BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*. In: *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Aguilar, 1995, p. 548, por meio da seguinte passagem: “A revolução jurídica encerrada nesta mudança era, entretanto, difícil de assimilar ao nosso temperamento e aos nossos costumes. O poder político é de sua natureza absorvente e invasivo e absorvedor ainda nas câmaras legislativas do que no governo. As nossas tradições haviam-nos educado no dogma da supremacia parlamentar (...) Substituí-la pelo regime presidencial sem buscar na criação de uma justiça como a americana, posta de guarda contra as usurpações do Presidente e as invasões das maiorias legislativas, contra a onipotência dos governos ou congressos igualmente irresponsáveis, era entregar o país ao domínio das facções e dos caudilhos”.

¹²¹² Como bem lembrado em SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, págs. 29-30, quando os autores enfatizam que se realmente “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, teve como inspiração a Constituição Inglesa, a compreensão do francês sobre a mesma foi equivocada, pois a esta levava em conta a expressa superioridade do Parlamento em todas as questões, incluindo sua relação com o Judiciário e com o ordenamento jurídico. Porém, como bem lembrado em CHARMAN, Mary; VANSTONE, Bobby; SHERRATT, Liz. *As Law*. 5ª. ed. Oregon: Willan Publishing, 2008, pág. 29, existem muitas lacunas normativas conhecidas como “common law” e que são os juízes que produzem as normas. Se o Parlamento não produzir a norma, os juízes estão habilitados a fazê-la, sendo esta posição considerada inteiramente legítima na esfera do direito inglês.

¹²¹³ Neste ponto talvez seja relevante lembrar que alguns países europeus, membros da União Europeia não preveem um sistema de justiça constitucional. Vários exemplos são lembrados em DI SUNI, Elizabetta Palici. *La Giustizia Costituzionale*. In: DI SUNI, Elizabetta Palici. (Org.). *Diritto Costituzionale dei paesi dell'Unione Europea*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2011, págs. 184-18, além do caso emblemático da França a que já fizemos referência, em que não é um Tribunal, mas um Conselho Constitucional, órgão político quem verifica a constitucionalidade das normas, à guisa de exemplo, podemos citar o caso dos Países Baixos, onde a Constituição de 1983, mesmo abrindo um pequeno espaço de controle judicial com relação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (arts. 93-94), estabelece expressamente que o juiz não pode julgar sobre a constitucionalidade das leis e dos tratados, restando ao Parlamento ser o único árbitro da constitucionalidade das leis (art. 120); é também o caso da Finlândia, onde o art. 74 da Constituição finlandesa concede a uma comissão parlamentar a prerrogativa de se pronunciar sobre a constitucionalidade de propostas legislativas.

discussão acerca da real extensão da participação dos cidadãos em um quadro definido como democrático; ou a questão da separação de poderes; e, principalmente, a quem caberia à função de deliberar sobre a validade da norma.¹²¹⁴ Todos são temas relacionados a uma busca de legitimidade no processo de definição da constitucionalidade normativa.

Nesta linha, percebe-se que uma análise do *judicial review* – cuja linha estruturante é adotada pelo Brasil no início da República - é imprescindível para que possamos, posteriormente, tratar das questões acima explicitadas, que estão intimamente relacionadas ao tema estudado, e que apresenta repercussões bem maiores do que uma simples opção pelo modelo de controle de constitucionalidade, principalmente no que concerne à divisão das funções pelos Poderes da República.

Todavia, não desconsideramos o fato de que o processo de globalização aproxima-nos de outras tradições jurídicas, mais precisamente, de outras tradições de controle. Mesmo reconhecendo não caber no presente trabalho um exame detalhado da tecnicidade dos diversos sistemas de controle de constitucionalidade que vêm se apresentando como paradigmáticos no mundo ocidental, entendemos necessário que para estudar o que é e o que pode ser considerado um ato normativo inconstitucional, bem como a legitimidade desta decisão, faz-se necessário que tenhamos, ao menos, uma razoável compreensão dos aspectos relevantes de diversos modelos de sistemas de controle de constitucionalidade adotados pelas tradicionais escolas do Direito Constitucional, comparando-os com o adotado no Brasil.

A utilização do método comparativo, típico do Direito Comparado é importante na medida em que se passa a conhecer os elementos objetivos que fundamentam a crítica a um adesismo irrestrito e irrefletido, onde houver, bem como concedem bases para o acolhimento de soluções já testadas por essas Escolas, ainda que não adotadas no Brasil, mas também outras que, sem terem sido testadas por nenhum sistema, possam na sua originalidade – sem que isso signifique um afastamento às raízes e tradições do Direito brasileiro - contribuir para o

¹²¹⁴ Fazendo uma conexão com que analisamos no Capítulo precedente, vale ressaltar a polêmica entre Kelsen, defensor do controle jurisdicional e Carl Schmitt, para quem o controle deveria ficar com o Presidente do Reich. Ambas as posições são bem externadas em KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 e SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. O rico debate apesar de apresentar um Schmitt com grande capacidade crítica ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época e fundamentado no pensamento de Benjamin Constant (poder neutral, cujas ideias já teriam sido utilizadas no Brasil para a criação do Poder Moderador na Constituição imperial), parece apontar para um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de sua teorização nos países democráticos a partir da segunda metade do século XX.

aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, concedendo a ele mecanismos que no processo de reconhecimento de compatibilidade das normas leve em conta o grau de legitimidade que essas devem possuir para serem consideradas como pertencentes ao sistema jurídico.

Iniciaremos pelo *judicial review*, teoria jurídica confeccionada nos Estados Unidos, que inaugurou a ideia de controlar as leis subconstitucionais - nesse caso, pela via difusa. Posteriormente, analisaremos o modelo de controle adotado pela Corte Constitucional austríaca não só por estabelecer a origem histórica ao controle *realizado por tribunais ad hoc, mas também por ser esta a linha seguida por duas das escolas que mais influenciam o sistema de controle atualmente seguido pelo sistema brasileiro em sua busca de uma identidade própria: os modelos alemão e português*¹²¹⁵.

Se nos fosse exigido externar a essência do referido instituto,¹²¹⁶ poder-se-ia, em um árduo exercício de síntese, apontar dois princípios basilares: o primeiro, a constituição é a lei fundamental, não sendo possível sua mudança por qualquer dispositivo legal ordinário. Um segundo princípio afirmaria o seguinte: as cortes possuem o dever de reexaminar a constitucionalidade das leis, pondo de lado os atos legislativos considerados inconstitucionais.¹²¹⁷

A linha de raciocínio lógico-formal, sob o manto de uma pretensão dedutivista, ao melhor estilo clássico da lógica aristotélica estabelecida há mais de 2300 anos, parece revelar que os juízos acima formulados são imunes a qualquer objeção, já que cumprem com perfeição os requisitos do método. Entretanto, abandonando, ao menos momentaneamente, a questão sobre o cabimento, ou não, de que as conclusões que emergem a partir de querelas jurídicas restrinjam-se à simplificadora possibilidade de um maniqueísta verdadeiro ou falso, preferimos, inicialmente, tomar como ponto de partida para as análises subsequentes, a premissa

¹²¹⁵ Seriam casos típicos da denominada identidade relacional, conceito presente em OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, 245 e seguintes.

¹²¹⁶ Não estamos, neste momento, tratando de uma gênese teórica, cuja temática tratou-se no tópico anterior, porém, como afirma TROPER, Michel. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 215, é a *Marbury vs. Madison* que os tribunais e os juristas se referem, nos dias de hoje, quando o tema é o *judicial review*.

¹²¹⁷ Cf. ZOLLER, Élisabeth. *Marbury x Madison: Deux siècles de censure judiciaire*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p.1-2. Também neste sentido, SAUNDERS, Cheryl. *“It seems a leading case”*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p.115, quando afirma o autor que os dois princípios-chaves do caso são “*the notion of a Constitution as a fundamental law drawing authority from the people and judicial review of legislation*”.

de que a constituição é superior à lei¹²¹⁸, o que para alguns representa verdadeiro juízo analítico.¹²¹⁹

Ora, a partir do acima desenvolvido, conclui-se que o *judicial review* ao estabelecer-se no mundo jurídico como sistema que tem como pressuposto ser a constituição a lei fundamental que deve ser protegida por cortes constitucionais - instâncias neutras, mediadoras e imparciais dos conflitos constitucionais - que controlam o acesso ou a permanência de normas no sistema constitucional, acabam por apontar para a necessidade de que estas cortes de justiça submetam tais normas a dois filtros controladores: um de caráter jurídico-formal (teórico); outro de caráter político-substancial (pragmático).¹²²⁰

A tradição americana consolidou-se por intermédio de um sistema essencialmente jurisdicional, tendo por base o controle difuso de constitucionalidade. Todavia, ainda que se permita *in tese* a todos os juízes e tribunais que declarem incidentalmente a inconstitucionalidade de lei contrária à Constituição, o exercício desta competência pelo juiz de primeiro grau é restrito a raríssimos casos em que a inconstitucionalidade seja de uma clareza cristalina, não obstante tenha passado incólume a todos os trâmites necessários para sua suposta validade, por inadvertência ou caso fortuito. É mais sensato entender que, via de regra quase absoluta, esse controle acaba sendo, na prática, reservado para os tribunais superiores.¹²²¹

O controle concentrado de constitucionalidade não está entre as hipóteses de competência da Suprema Corte, sendo que a ela própria entende inexistir a possibilidade de analisar *in abstracto* a inconstitucionalidade de uma lei ou de qualquer ato normativo emanado pelo poder público, de forma a declarar sua inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*.¹²²² Afastam-se os americanos do controle objetivo, pronunciando-se somente em face de um caso concreto onde haja

¹²¹⁸ Segundo, DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.120, existe uma tendência nítida, nos dias de hoje, de reforçar o valor das normas constitucionais, elevando-as, na prática, acima das leis ordinárias.

¹²¹⁹ Segundo, CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 208, os sujeitos dos juízos analíticos contêm seus predicados, embora de uma forma implícita ou confusa, o que implicaria em que esse predicado nada acrescentaria ao sujeito. Neste caso, há quem entenda que é da essência da norma constitucional subordinar as leis ordinárias, característica sem a qual deixaria de sê-la, por deixar de “constituir”.

¹²²⁰ Conforme ZAGREVBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Bolonha: Il Mulino, 1988, p. 14, duas são as condições da justiça constitucional: uma, de caráter jurídico-formal, e outra, de caráter político-substancial, sustentada no pluralismo das forças constitucionais; a primeira, teórica, a segunda, pragmática.

¹²²¹ Nesta direção, COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.142.

¹²²² Conforme MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 103.

litígio entre partes opostas, em clara homenagem ao sistema inaugurado por Marshall no começo do Século XIX.

Até o início do Século XX os países europeus não se aproximavam da ideia de controle de constitucionalidade, submetidos que estavam à ideia de supremacia do Parlamento. Opções jurídico-políticas, contingências histórico-culturais, além da necessidade de segurança jurídica fez surgir à necessidade de entregar a um órgão “judiciário” que pudesse decidir sobre matérias de natureza constitucional.¹²²³

Assim, como alternativa ao modelo do *judicial review* e, portanto, ao controle de constitucionalidade exercido de forma difusa pelo juiz ordinário e pelos tribunais, surge no início do terceiro decênio do século passado um novo modelo orgânico para fins de aferição de vício de constitucionalidade normativa, no qual a atribuição para o exercício do controle de leis e atos normativos cabe a um tribunal *ad hoc* não pertencente à estrutura do Poder Judiciário¹²²⁴, formado por magistrados, professores, advogados, membros do parlamento, como forma de equilibrar os poderes, de forma a tentar manter o equilíbrio de potestade entre esses, sem, contudo, abrir mão da preservação do simbolismo da *volonté générale*, base para o Estado Democrático de Direito.

Ainda que entendamos, na esteira do que afirma Rui Medeiros, que a literatura jurídica credite impropriamente a Kelsen a descoberta do modelo de justiça moldado em tribunais *ad hoc*,¹²²⁵, seria injusto, como deixa entender o autor português, não lhe conceder o mérito de ter estabelecido os seus contornos. Nesse sentido, temos que a inspiração kelseniana dá azo, por meio da Corte Constitucional austríaca, ao surgimento de um modelo que introduz as cortes constitucionais na Europa.

Cumprido, então, que tratemos de apontar algumas características dos modelos de controle exercido por algumas das mais emblemáticas entre elas, utilizando como critério para tal escolha, não só a contribuição teórica oferecida pelas mesmas - no sentido de produzir teorias que representam verdadeiros cânones no

¹²²³ Nesta direção, CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p.83, embora o autor deixe parecer que se trata de uma evolução, preferimos entender que se trata de adequação, embora não afastemos a possibilidade de que a assunção deste modelo possa ter sim, configurado um aperfeiçoamento em determinadas ordens jurídicas.

¹²²⁴ Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 285, a instituição de um tribunal de controle de constitucionalidade fora da estrutura do Poder Judiciário pode ser creditada à influência dos ideários da Revolução Francesa, no que se refere a necessidade de proteção à vontade do legislador.

¹²²⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 53.

mundo jurídico ocidental -, mas, principalmente, ter em conta o impacto que tenham causado ou que, potencialmente possam vir a causar no processo de construção de um sistema de controle brasileiro.¹²²⁶ Sob esta perspectiva, teremos de fazer uma breve abordagem dos métodos de controle utilizados pelos portugueses e pelos alemães.

6.4.2 A Corte Austríaca e seu sistema de controle de constitucionalidade

A Constituição austríaca de 1920 – *Bundesverfassung* – concede o controle da jurisdição constitucional a uma Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), criada sob a inspiração do gênio de Hans Kelsen, a partir de um modelo predecessor, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*) criado pela Constituição de 1867. Essa Corte passa a concentrar a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade quando provocada por um pedido especial (*Antrag*) realizado por órgão político legitimado, por intermédio de uma ação especial.

Assim, diferentemente do controle difuso exercido nos Estados Unidos pela via incidental (ou via de exceção), a Áustria adota, inicialmente, um modelo que não se vincula ao caso concreto, somente podendo ser exercido pela via principal, ou de ação, por intermédio da instauração de processo autônomo perante a Corte Constitucional.¹²²⁷

Nesse sistema estabelecido pela Constituição de 1920, os juízes – exceção óbvia feita ao *Verfassungsgerichtshof* – não só não detinham o poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não poderiam deixar de aplicar as leis que reputassem inconstitucionais, além de não possuírem nem mesmo o poder de provocar a Corte austríaca para que a mesma realizasse o controle que lhes era vedado. A legitimidade para pedir o controle da constitucionalidade das leis concentrava-se no Governo Federal (*Bundesregierungen*) - na eventualidade de que se solicitasse o controle da legitimidade constitucional de leis dos Länder

¹²²⁶ A verdade é que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir da Constituição de 1988, vem sofrendo tantas modificações, que é de boa cautela afirmar que o mesmo ainda não se configura como um sistema com identidade própria, ou mesmo com clara definição do modelo de referência. Parece que as referidas mudanças buscam essa identidade própria, ainda que buscando o norte do caminho a ser seguido nos modelos emblemáticos do Direito Comparado.

¹²²⁷ Termo considerado um tanto quanto impróprio em CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 104-105. Conforme EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et haute cour constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pág. 174, pela primeira vez a existência de um Tribunal com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade em oposição ao consagrado *judicial review* americano.

(*Landesgesetze*) - ou nos Governos dos Länder (*Landesregierungen*) - quando se tratasse de solicitar o exercício do controle das leis federais. A estes órgãos políticos, únicos legitimados, nenhum limite de tempo era fixado para o exercício do direito de ação.

Porém, o sistema austríaco de 1920 – sistema adotado do texto originário da Constituição – mostrou-se, desde logo, insuficiente para a empreitada que se havia proposto. Por ele, como já foi visto, a limitação excessiva dos agentes legitimados para a propositura da ação para instaurar, pela via principal, o processo do controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, explicitava que, apesar do controle de constitucionalidade ter uma função primordial, limitava-se a criar um óbice contra possíveis invasões inconstitucionais do poder legislativo federal no âmbito reservado à competência legislativa dos Länder, e vice-versa, garantindo desta maneira, entre Federação e os Länder, o respeito recíproco de sua repartição constitucional de competência.¹²²⁸ Esse sistema, todavia, por limitar a participação popular ou a defesa direta das liberdades e direitos individuais,¹²²⁹ não era reconhecido como um sistema adequado para regular o controle.

Em razão disto, a lei austríaca de revisão da Constituição (*Bundes – Verfassungsnovelle*) de 1929 modificou parcialmente o sistema de controle de constitucionalidade das leis, sistema até hoje vigente na Áustria em conformidade com as alterações introduzidas pela Novelle de 1929, e aplicada até 1934, quando foi momentaneamente suspensa¹²³⁰ em razão da abolição do regime parlamentarista. Superada a ditadura, após uma fase de intensa turbulência político-social gerada pela II Grande Guerra, a Corte é restabelecida pelo art. 48 da Constituição provisória fora da estrutura dos tradicionais Poderes de Estado, de forma a preservar sua independência e liberdade de julgar.¹²³¹

Esta lei de reforma constitucional de 1929 mudou o art. 140 da Constituição Austríaca para acrescentar como legítimos, além dos órgãos políticos citados, também mais dois órgãos de natureza judiciária. Assim, é conferida a legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das

¹²²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 106-107.

¹²²⁹ Neste sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 309.

¹²³⁰ Na verdade teria sido anulada pelo Chanceler Dolfuss, anulação esta que durou até a rendição incondicional do III Reich alemão, ao qual havia sido a Áustria anexada em 1938. Conforme MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 118.

¹²³¹ Conforme MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 119.

leis, além do Governo Federal e dos Governos das Länder, também ao *Oberster Gerichtshof* (ou seja, a Corte Suprema para as causas penais) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causas administrativas).

De forma diversa a do Governo Federal e dos Governos dos Länder, estes dois órgãos judiciários ordinários - *Oberster Gerichtshof* e *Verwaltungsgerichtshof* – não podem arguir perante a Corte Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade em via principal ou de ação, mas tão somente pela via incidental (ou de exceção), no curso de um processo ordinário (civil, penal ou administrativo), devolvendo-se à Corte Constitucional para decisão cuja constitucionalidade da lei federal ou estadual foi questionada.

Mesmo não podendo estes órgãos judiciários efetuar *per si* o controle de constitucionalidade, estão ao menos legitimados a requerer à Corte Constitucional que efetue este controle quando as leis aplicáveis no caso concreto submetido ao seu julgamento se mostrarem contrárias à Constituição. Aliás, mais do que isso: estão estes órgãos judiciários impelidos pelo dever de não aplicar a lei cuja constitucionalidade coloquem em questão,¹²³² até que se pronuncie a Corte Constitucional a respeito da matéria.

Desta forma, surge no Direito austríaco, por meio da *Novelle* de 1929, um sistema de controle de constitucionalidade que sob uma perspectiva modal tem um caráter híbrido, pois que mesmo atenuando os defeitos de iniciativa da versão originária de 1920, ainda assim apresenta problemas. Isto porque, dentre todos os órgãos judiciários, apenas as duas Cortes Superiores têm legitimidade para provocar a declaração de inconstitucionalidade de lei, devendo os demais juízes aplicar as leis aos casos concretos submetidos ao seu julgamento, ainda que a inconstitucionalidade se mostre flagrantemente manifesta. Neste caso, somente quando o processo chegasse, e se chegasse, às instâncias superiores - *Oberster Gerichtshof* e *Verwaltungsgerichtshof*- é que poderiam estes submeter à matéria à Corte Constitucional para pronúncia sobre a constitucionalidade das mesmas.

Desde então vem a Corte utilizando-se desta estrutura, sendo composta por um Presidente, um Vice-Presidente, 12 juízes titulares e seis juízes

¹²³² Neste sentido, segundo CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 107.

suplentes.¹²³³ Dentre as suas diversas atribuições¹²³⁴ atuais a Corte exerce o controle de constitucionalidade de leis e tratados de maneira diversa da estabelecida pelo sistema do *judicial review* americano, já que neste o controle é exercido de forma essencialmente difusa, enquanto o modelo austríaco somente autoriza o controle de constitucionalidade pela via concentrada – ainda que possa o mesmo originar-se na via difusa, a partir de dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma que regula o caso concreto -, sendo o Tribunal Constitucional o único competente para declarar a validade da norma, e não se estendendo esta competência aos juízes e tribunais.

6.4.3 O controle de constitucionalidade exercido na Alemanha

Não havendo espaço, nem sendo objetivo do presente trabalho estabelecer uma ampla descrição do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo direito alemão, definimos, desde logo, que nosso interesse limitar-se-á a estabelecer, com brevidade, alguns de seus aspectos formais que nos auxilie não só na análise do caso brasileiro, mas também, que ajude na análise da questão de fundo deste trabalho que é pensar alternativas para obtenção de um juízo de validade o mais legítimo possível, de forma a reduzir a sobrecarga imposta ao Estado de fazer respeitar as normas por ele emanadas.

Entre os numerosos contenciosos constitucionais que a jurisdição constitucional alemã abarca, três são as funções básicas: a garantia dos direitos fundamentais, a arbitragem em conflitos territoriais de competência e entre órgãos do Estado e, por fim, o controle de constitucionalidade das leis. Este último, como não poderia deixar de ser, é o nosso foco imediato.

O modelo de jurisdição concentrada mentalizada por Kelsen na Constituição austríaca de 1920-1929 a que fizemos referência acima, veio a servir de

¹²³³ Conforme informa FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 42-43, na prática o Conselho Federal nomeia três membros, o Conselho Estadual nomeia três membros e o Poder Executivo indica não só os dois membros restantes, como também o Presidente e o Vice-Presidente. Uma vez nomeados os juízes permanecem na função até o dia 31 de dezembro do ano que completarem 70 anos, conforme o art. 147.6 da Constituição.

¹²³⁴ A título de curiosidade podemos citar como atribuições constitucionalmente previstas para a Corte, além do controle de constitucionalidade de leis e tratados, as seguintes: a) julgamento de contencioso das principais eleições políticas, administrativas, profissionais; b) conflito entre jurisdições (positivos e negativos) entre jurisdições e autoridades administrativas, entre a Corte Administrativa e outras jurisdições; entre autoridade administrativa e autoridades do Länder (análogo aos nossos Estados) e entre as Cortes de Contas e os governos; c) dirimir conflitos entre a Federação e os Länder ou entre os Länder; d) funcionar para conhecer e dirimir conflitos administrativos; e) algumas ações sobre responsabilidade e) julgar a responsabilidade “jurídica” ou penal de órgãos superiores da Federação.

inspiração não só ao modelo adotado na Alemanha¹²³⁵, mas também ao modelo adotado na Itália¹²³⁶. Esses modelos fundamentaram sua estrutura na existência de uma ação direta (*Organklage*), cuja titularidade se deferiu a determinados órgãos políticos (art. 93 da Constituição alemã e arts. 134 a 136 da Constituição Italiana) e a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pelas Cortes, que como se pode observar, são traços inequívocos do modelo desenvolvido pelo jurista austríaco.

Conforme atenta Cappelletti, as citadas constituições superaram um grave defeito apresentado inicialmente pelo sistema austríaco: a omissão de um controle judicial concreto.¹²³⁷ Conforme anteriormente dito, isso acabou por restringir a legitimidade orgânica para suscitar a inconstitucionalidade à Corte Constitucional, sendo que apenas as instâncias superiores do sistema austríaco - *Oberster Gerichtshof* e *Verwaltungsgerichtshof*- poderiam fazê-lo. Nesse sentido, o Direito alemão vem a consagrar o controle concreto de normas (*Richtervollrage*), estabelecendo que, quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei cuja validade dependa de decisão, deverá que suspender o processo e submeter à questão à decisão do Tribunal estadual competente em assuntos constitucionais - quando se tratar de violação à Constituição de um estado -, ou ao Tribunal Constitucional Federal - tratando-se de violação desta Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, par. 1º).¹²³⁸

Na Alemanha, contrapondo-se à visão existente nos países que enfatizam a supremacia do Parlamento, concede-se elevada importância à jurisdição constitucional. A Lei Fundamental alemã confere um extenso rol de atribuições tanto ao *Bundesverfassungsgericht* – órgão federal, criado em 1951, como aos Tribunais

¹²³⁵ Ao findar a Segunda Guerra, foi uma grande preocupação das potências ocupantes, os Estados Unidos em particular, e dos revitalizados Länder dotar a nova República Federal Alemã de um Estado de Direito o mais completo e vigoroso possível com seus pilares na dignidade do homem, na separação de poderes e na força normativa da futura constituição. Esse comentário presente em SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madri: Tecnos, 1998, p. 263, feito em relação à Alemanha, parece também ser adequado à Itália.

¹²³⁶ Conforme lembra BILANCIA, Francesco. *Corso di Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Milão: CEDAM, 2011, pág. 435 e 436, o sistema italiano de controle está fundado na rigidez constitucional onde existem limites aos poderes do legislador estabelecidos pela Constituição, como ato normativo superior do sistema.

¹²³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 108, quando afirma que “O defeito que mais chamou a atenção no sistema austríaco foi evitado, tanto pelo sistema italiano, previsto na Constituição de 1948 e posto em prática a partir de 1956, como também pelo sistema alemão introduzido com a Constituição de Bonn de 1949; e isto deve ser dito sem, no entanto, de modo algum, ocultar a grande influência que sobre ambos o sistema austríaco, tão original e engenhoso, merecidamente exerceu.”

¹²³⁸ Conforme, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 286, o Tribunal Constitucional Federal é composto por dezesseis membros escolhidos entre juízes e outros membros (professores, juristas) sendo a metade eleita pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e a outra metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*), representando, desta forma o povo da Federação e os povos dos Länder.

Constitucionais Estaduais (ou *dos Länder*),¹²³⁹ de forma que a jurisdição constitucional possui fundamental importância para o sistema jurídico como um todo.

O ordenamento jurídico alemão, como anteriormente dito, consagra tanto o controle abstrato como o controle difuso, sendo que o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal só poderá ser exercido pelo Tribunal Constitucional Federal. Assim, o art. 93.1.2 da Lei Fundamental estabelece competência ao Tribunal Constitucional para julgamento de questões, no caso de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal e estadual com outras leis federais, sendo legitimados para solicitar a apreciação o Governo Federal, um Governo Estadual, ou um terço dos membros do Parlamento Federal. Também de grande importância, o art. 100 da Lei Fundamental estabelece que quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja constitucionalidade dependa a decisão, terá de suspender o processo, para então submeter à questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais – tratando-se violação à constituição estadual – ou ao Tribunal Constitucional Federal quando se tratar da violação da Lei Fundamental.

Observa-se, neste contexto, que os citados artigos acabam por revelar a concentração da competência jurisdicional constitucional em uma única Corte, pois que apenas uma (ou Tribunal Constitucional Federal ou um dos tribunais estaduais) terá a competência para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo normativo¹²⁴⁰. As vias de controle de constitucionalidade são a abstrata e a concreta, sendo que o primeiro, o controle abstrato de constitucionalidade, responde exclusivamente à questão sobre se uma norma é válida ou não, compatível ou não com a Constituição, ou se uma regra de direito objetivo existe ou não, independentemente dos direitos objetivos e das opiniões jurídicas.¹²⁴¹

O Tribunal somente atua mediante provocação de um dos co-legitimados (Governo Federal, um dos governos estaduais, ou um terço dos membros

¹²³⁹ Conforme MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 16, não podem seus membros serem escolhidos dentre os integrantes dos órgãos legislativos federais e estaduais ou dos Governos Federal e estaduais (Lei Fundamental, art. 94, par. 1º, Lei do *Bundesverfassungsgericht*, §2º).

¹²⁴⁰ Conforme BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 89, quando o autor dispõe que "... pronunciar-me-ia sempre, porém, tendo em atenção o objetivo, prosseguido pelo art. 100 da Lei Fundamental, de uma concentração da competência decisória judicial nos tribunais constitucionais, no sentido de uma tal cessação da vigência só poder ser declarada pelo competente tribunal constitucional".

¹²⁴¹ Coleção oficial de sentenças do TC alemão, T.20,56 (86).

do Parlamento Federal)¹²⁴². A jurisprudência constitucional alemã admite o controle concentrado de leis federais, inclusive as leis de retificação de tratados internacionais, leis orçamentárias, leis estaduais, regulamentos, alterações à Lei Fundamental¹²⁴³ e somente após ter sido a norma questionada devidamente publicada, já que, mais uma vez afastando-se da forma de controle político realizado na França, inexistente controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade no sistema alemão.

Quanto ao controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos pré-constitucionais, nos termos do art. 123 da Lei Fundamental, poderão ser objeto de controle quando continuarem a valer como direito federal ou direito estadual, ou seja, se houver reconhecimento judicial de sua validade¹²⁴⁴.

É importante observar que em sede de controle abstrato, o Tribunal Constitucional poderá dar prosseguimento ao controle ainda que haja desistência por parte do órgão provocador, com fundamento no interesse público. Neste sentido, inclusive não está o Tribunal adstrito à causa de pedir formulada, devendo realizar um exame exaustivo da lei impugnada, examinando todos os aspectos de relevância constitucional¹²⁴⁵.

O controle concreto de constitucionalidade, também voltado para depurar o ordenamento jurídico, objetiva, também, a segurança jurídica e a coerência do direito, tal como o controle abstrato. Trata-se, então, de uma via dúplice, equidistante entre a típica forma abstrata de controle de constitucionalidade europeia e a fórmula norte-americana de controle concreto pela via de exceção, onde o juiz ordinário tem o poder de desaplicar, por si mesmo, a lei que entenda inconstitucional.¹²⁴⁶ Embora o juiz alemão não possua a importância dada ao juiz americano no sistema do *judicial review*, é ele competente para verificar a constitucionalidade de uma norma, mas não para retirá-la do sistema, estando

¹²⁴² Segundo SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madri: Tecnos, 1998, p. 268, além de depurar o ordenamento jurídico, expulsando do interior do sistema as normas inconstitucionais, é o procedimento que garante os direitos das minorias, em particular o da oposição parlamentarista frente às leis aprovadas pela maioria parlamentar.

¹²⁴³ Cabível quando há transgressão formal ou material da Lei Fundamental pela norma que visa a adentrar no sistema. Neste sentido tem sido apoiada a posição de Bachof em BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 13. Todavia, não recebeu acolhida a mais famosa tese do autor, estabelecida na obra mencionada, que trata de considerar a possibilidade de haver níveis hierárquicos entre as próprias normas constitucionais originárias.

¹²⁴⁴ Conforme MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 167-168, seguindo posição de Konrad Hesse.

¹²⁴⁵ Em consonância com o art. 32.1 da Lei do Tribunal Constitucional Federal, e em sede de controle abstrato, é possível a possibilidade de provimento cautelar “para evitar-se graves prejuízos, para impedir uma coação ou por qualquer outro motivo importante em razão do bem comum.”

¹²⁴⁶ Em conformidade com SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madri: Tecnos, 1998, p. 269

legitimado tão somente para requerer a atuação do Tribunal Constitucional.¹²⁴⁷ Como no controle abstrato, o Tribunal Constitucional é o único que decide sobre a validade de um dispositivo constitucional.

A repercussão subjetiva da decisão, ligada ao interesse da parte, depende da solução de questão prejudicial de natureza constitucional.¹²⁴⁸ Todavia, há o interesse intrínseco da questão prejudicial e, neste caso, o contencioso toma um vulto claramente objetivo, voltando-se claramente à depuração do ordenamento jurídico.¹²⁴⁹ Sintetizando, no controle de constitucionalidade alemão, se o exame de constitucionalidade das leis pode ser realizado por qualquer órgão judiciário, somente o Tribunal Constitucional Federal pode declarar a inconstitucionalidade das leis. Neste sentido, é interessante observar como a organização sistêmica se utiliza dos interesses subjetivos surgidos no âmbito da experiência para auxiliar no processo de depuração do sistema.

Nesse modelo percebemos grande proximidade com a técnica utilizada pelo modelo brasileiro, fator este que tende a se acentuar em razão do entusiasmo com que alguns juristas de maior realce vêm assimilando as soluções pensadas pelo direito germânico, reproduzindo-as no exercício de suas cátedras e de suas atuações nos tribunais. Aliás, na linha estabelecida por Paulo Otero, que entende que a Lei Fundamental influenciou a criação de um Tribunal Constitucional dotado de competência concentrada em Portugal¹²⁵⁰, podemos afirmar que as técnicas de controle utilizadas pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) ainda hoje continuam fazendo forte eco no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Porém, também as soluções estabelecidas pelo direito português, mais especificamente no que se refere ao controle de constitucionalidade das normas,

¹²⁴⁷ É neste ponto que entende CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 108-109, que o sistema alemão aperfeiçoa o modelo no qual buscou inspiração, o austríaco, pois “todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta com eficácia vinculatória.

¹²⁴⁸ Como bem lembra, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 288, o Tribunal alemão, assim como o Tribunal português, como veremos a seguir, atua como corte de cassação, cabendo ao tribunal de origem julgar o caso concreto de acordo com a questão constitucional decidida pelo *Bundesverfassungsgericht*.

¹²⁴⁹ Em SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madri: Tecnos, 1998, p. 269.

¹²⁵⁰ Em OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português. Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, v. I, pág. 295.

exerceu grande ascendência sobre a doutrina e tribunais brasileiros. É o que veremos a seguir.

6.4.4 O controle de constitucionalidade exercido em Portugal

À semelhança do modelo austríaco, o controle abstrato das normas em Portugal é realizado por um Tribunal Constitucional, conforme dispõe o art. 281.1 da Constituição. Afirma este dispositivo que “O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República; d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.”¹²⁵¹

O Tribunal Constitucional foi estabelecido pela Constituição como centro de convergência do sistema de controle de constitucionalidade das normas e da legalidade das leis¹²⁵², sendo que o modelo português é constituído pela fiscalização preventiva da constitucionalidade, fiscalização concreta da constitucionalidade, fiscalização abstrata da constitucionalidade e a inconstitucionalidade por omissão. Essa complexidade e diversidade tipológica no controle de constitucionalidade de atos normativos em Portugal influenciaram em larga escala o processo constituinte e, consequentemente, o modelo adotado pelo Brasil, a partir da Constituição de 1988.¹²⁵³

Na sua parte IV, a Constituição de 1976 prevê no controle repressivo as fiscalizações *in concreto* (art. 180º), pela via difusa, e *in abstracto* (art. 181), pela

¹²⁵¹ Conforme COSTA, José Manuel M. Cardoso. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, pág. 31, o autor reitera o fato de ser a competência do Tribunal no domínio do controle normativo consideravelmente vasta e completa.

¹²⁵² Neste sentido, MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I, p. 348-349, quando o autor apresenta três exceções a esta regra de centralidade. A primeira, no processo de fiscalização preventiva, na eventualidade de haver divergência de entendimento entre o Tribunal Constitucional e instituições parlamentares, sobre questões de inconstitucionalidade, cabe ao Presidente da República e aos Ministros da República a última palavra; o julgamento da constitucionalidade de atos não normativos das funções administrativa e jurisdicional; e atos singulares da função política, posto serem insindicáveis.

¹²⁵³ Relevante, então, dizer, porém, como lembra STRECK, Lenio Luiz. *A crise hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 302 “ com a relevante diferença de que, no Brasil, não há Tribunal Constitucional.” Esta colocação é relevante, já que o STF não é propriamente um Tribunal Constitucional nos termos em que a expressão é entendida na Europa. O STF, instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, abarca as funções de Corte Constitucional, entre outras inúmeras atribuições constantes no art. 102 da Constituição Federal.

via principal. O controle de constitucionalidade concreto é previsto com base no art. 204 da Constituição Portuguesa, que informa que "Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados." Todavia, mesmo tendo o poder judiciário português competência para apreciar questões de jaez constitucional, a decisão definitiva poderá estar a cargo do Tribunal, pois cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1º grau e de 2º grau que por acaso venham a recusar a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade, ou mesmo que apliquem norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo; ou, ainda, que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional.

De relevar, também, a interessante previsão constitucional portuguesa (art. 281.3) que dispõe que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral (*erga omnes*), a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.¹²⁵⁴ Certamente, essa quantificação de decisões para concessão de eficácia *erga omnes* poderia ser uma adequada solução para definir o quantitativo de decisões necessárias para a edição de súmulas vinculantes no Brasil, tornando tal edição obrigatória pelo STF, na medida em que se alcançasse o referido critério objetivo¹²⁵⁵.

Já os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade estão regulados no artigo seguinte, o art. 282 da Constituição.¹²⁵⁶ Assim, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, dando gênese ao fenômeno da repristinação¹²⁵⁷, de forma a retornar as normas que ela, lei inconstitucional, eventualmente, haja revogado.

¹²⁵⁴ Em MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo II, p. 189, quando esclarece o tema: "(...) quando o Tribunal julga três vezes inconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode, em seguida, ser desencadeado um processo (de fiscalização) abstrata com vista à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 281º, nº 3)".

¹²⁵⁵ Ocorreram discussões doutrinárias no meio jurídico, uma vez que a súmula vinculante nº. 11 veio proibir o uso de algemas no território brasileiro, com algumas exceções. No entanto, a decisão do STF foi apelidada por juízes de "Súmula Cacciola-Dantas", pelo fato de o tribunal ter-se debruçado sobre tema somente após a prisão dos banqueiros Salvatore Cacciola e Daniel Dantas e sem que houvesse casos precedentes na Corte, o que seria exigido pela Lei 11.417/2006 quando em seu art. 1º estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional editar enunciado de Súmula Vinculante.

¹²⁵⁶ Onde o Tribunal Constitucional Federal detém competência para indicar com efeitos vinculantes se o efeito repristinatório é ou não aplicável. Neste sentido MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pág.. 665.

¹²⁵⁷ O efeito repristinatório é admitido pelo STF desde a Constituição anterior, como decorrência do princípio da nulidade do ato inconstitucional. No direito estrangeiro verificamos a existência do efeito também na Áustria (art. 140.6) e na Alemanha (art. 35, Lei da Corte Constitucional Federal).

Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração, naturalmente, só produz seus efeitos no momento da entrada em vigor desta. O texto constitucional, regra geral, ressalva os casos julgados, com exceção da decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma for relativa à matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação e o conteúdo for menos favorável ao arguido.

Cumpra evidenciar que, ao contrário do que ocorre nos países que adotaram a fórmula de Tribunais *ad hoc*, o sistema português admite o controle difuso de constitucionalidade, consoante previsão no art. 280.¹²⁵⁸ Nestes tipos de processo se exige o prequestionamento¹²⁵⁹, tal como ocorre no Brasil, sendo que a suscitação da questão de inconstitucionalidade durante o processo é condição de procedibilidade para conhecimento dos recursos pelo Tribunal Constitucional, sendo que Lei do Tribunal Constitucional (art. 70, nº1, alínea f), é necessário suscitar a questão de constitucionalidade ou de ilegalidade de modo processualmente adequado, perante o tribunal de origem.

Um dos aspectos que importa ressaltar é esse caráter misto adotado pelo sistema português de controle de constitucionalidade, que é exclusivamente normativo, uma vez que inexistem instrumentos de proteção aos direitos fundamentais específicos como ocorre nas Constituições do Brasil (mandado de segurança individual e coletivo, *habeas data*, *habeas corpus*, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação popular), da Alemanha (*Verfassungsbeschwerde*), Espanha (recurso de amparo). Na reforma constitucional de 1997, tentou-se inserir uma modalidade de recurso que guardava semelhança ao amparo espanhol, mas a proposta não obteve sucesso. De qualquer maneira, a ausência de instrumentos específicos não enfraqueceu o potencial exercício da cidadania, já que, por intermédio da estrutura de controle de constitucionalidade pela via difusa, pode o sistema português examinar violações desta natureza, no caso concreto, na oportunidade em

¹²⁵⁸ Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma como fundamento na sua inconstitucionalidade; b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; c) que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; d) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República; e) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; f) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas c), d) e e), antes delineadas.

¹²⁵⁹ Outra semelhança entre os sistemas brasileiro e português, sendo que o prequestionamento, pressuposto de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, atualmente é identificável nos artigos 102, III e 105, III, da Constituição Federal de 1988.

que forem examinados os recursos extraordinários interpostos contra decisões dos tribunais da República.

Pode o cidadão, além disso, impugnar normas administrativas com eficácia externa lesiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Trata-se de uma espécie da ação de cumprimento de ato administrativo que pode ser intentado pelo cidadão junto aos tribunais administrativos e fiscais. Aqui uma diferença clássica entre a estrutura de poderes entre Portugal e Brasil. Ao contrário do que ocorre no Brasil, a Constituição portuguesa prevê uma estrutura de tribunais administrativos, que inclui o Supremo Tribunal Administrativo no topo da escala hierárquica.

No que se refere à fiscalização preventiva¹²⁶⁰, a Constituição da República portuguesa permite a fiscalização preventiva da constitucionalidade - assemelhando-se ao que realizam o Conselho Constitucional francês e o Tribunal Constitucional espanhol-, após a aprovação do diploma legislativo pelo órgão competente e antes de sua promulgação e publicação, com o propósito de evitar a publicação de normas flagrantemente inconstitucionais.

Essa fiscalização não é automática, exigindo-se que os legitimados¹²⁶¹ provoquem a análise do Tribunal Constitucional, e é mais restrita do que a fiscalização sucessiva. Ocorrendo pronunciamento por parte do Tribunal pela inconstitucionalidade de norma localizada em qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro, conforme o caso, retornando ao órgão que o tiver aprovado.

Entretanto, a Assembleia da República tem o poder de afastar a declaração preventiva de inconstitucionalidade por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde estejam estes em número superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. Nestes casos, o decreto poderá ser promulgado e assinado. Ressalte-se não haver impedimento que possa vir o referido ato a ser objeto de posterior controle repressivo de constitucionalidade.¹²⁶²

¹²⁶⁰ Prevista no art. 278º e 279º. Trata-se de uma fiscalização abstrata feita unicamente pelo Tribunal Constitucional, a pedido do Presidente da República ou do Representante da república, quanto a diplomas regionais.

¹²⁶¹ São legitimados para solicitar o controle preventivo de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional o Presidente da República nas hipóteses específicas constantes nos arts. 278.1 e 278.4; os Ministros da República nas hipóteses específicas previstas pelo art. 278.2; Primeiro-ministro ou por um quinto do total de deputados da Assembleia da República, nas hipóteses constantes no art. 278.4.

¹²⁶² Conforme CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1022.

6.5 O Brasil e Seu Sistema de Controle de Constitucionalidade

Após a análise de alguns dos mais importantes sistemas de controle de constitucionalidade para a cultura jurídica comparada e para o sistema brasileiro, em especial, passamos a fazer uma síntese histórica do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, para posteriormente tratarmos dos diferentes institutos disponibilizados ao juiz constitucional, a fim de que, no máximo possível, mantenha-se a higidez do sistema.

Se estiver correta a intuição de que um sistema se define identitariamente pela sua tradição e pelas influências que vai assimilando no decorrer do tempo, conforme exteriorizamos no Capítulo 1, parece ser importante que reergamos as bases históricas do processo de fiscalização da constitucionalidade no Brasil, não apenas para que entendamos o desenvolvimento dos métodos utilizados para determinação da juridicidade das normas pelo sistema, mas principalmente busquemos as bases legítimas para a construção de um modelo procedimental que auxilie na convivência harmoniosa entre os poderes e que satisfaça as crescentes demandas democráticas.

6.5.1 O Império: a supremacia da lei segundo a tradição francesa

Não obstante ter o Brasil assumido forma constitucionalista em 1824, a chamada “Constituição Política do Império do Brasil” impediu que fosse outorgado ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade, em razão de serem hegemônicas no Brasil, neste momento histórico, as influências francesas (o denominado jacobinismo parlamentar) e inglesas que afirmavam a supremacia parlamentar, mesmo sobre a vontade constitucional. Como se pôde notar, quando se estudou o controle de constitucionalidade francês, estas tendências teórico-políticas ainda hoje não arrefeceram por completo, mantendo grande relevância em razão de salvaguardarem em seu bojo um entendimento mais primitivo do denominado princípio democrático, que nesta perspectiva, apresentaria ligações mais aprofundadas com o poder legislativo¹²⁶³.

¹²⁶³ Por essa linha de raciocínio é que em TROPER, Michel. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003, p. 215 e ss., o autor sustenta que a ideia de Marshall ao situar a constituição acima dos atos legislativos com fundamento de que ela emanaria do povo, é incompatível e contraditória com a ideia de democracia.

Não se afirma aqui a inexistência de controle de constitucionalidade, mas tão somente a inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade, pois a própria Carta de 1824 afirmava que à Assembleia Geral competia “velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação”.¹²⁶⁴ Essa realidade pode ser, inclusive deduzida, dada a nossa maior identidade com os modelos europeus (que privilegiavam a perspectiva parlamentar), principalmente com os modelos ingleses (dada às relações e interesses comerciais e financeiros que com eles, submissamente, o Brasil mantinha) e os franceses (cujos modelos institucionais e culturais serviam de modelo paradigmático em oposição às posições e modelos conservadores da época). De lembrar, que nossa aproximação com a cultura jurídico-política dos Estados Unidos somente se dará de forma relevante na república, como veremos a seguir¹²⁶⁵.

6.5.2 A República sob um novo paradigma: a opção pelo controle judicial constitucional

O regime republicano trouxe marcada influência do direito norte-americano, sendo inaugurado o controle judicial de constitucionalidade das leis, ainda que somente pela via difusa¹²⁶⁶. O mentor desta mudança paradigmática foi Rui Barbosa,¹²⁶⁷ que já na denominada Constituição Provisória de 1890 fez prever no art. 58,§1º ¹²⁶⁸ o controle de constitucionalidade das leis e dos tratados internacionais. É a

¹²⁶⁴ É o que dispõe o inciso IX do art. 15 da Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824.

¹²⁶⁵ Em MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, pág. 148, referindo-se aos Estados Unidos, afirmou o autor: “Por isso, não obstante, de há muito, nesse país, o judiciário exercesse o controle de constitucionalidade dos atos dos outros poderes, no Brasil se ignorava essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçoaram a ele.

¹²⁶⁶ Como bem lembram os autores em MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 21, a influência do direito americano consolida o modelo difuso no Brasil. Aliás, em CARVALHO, José Murillo de. *A formação das Almas: O imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, pág. 9, e também em CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História. Origem e Reforma*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pág.441, é bem lembrado que o liberalismo americano, o jacobinismo à francesa e o positivismo são correntes que, no exclusivo círculo das elites brasileiras disputavam a hegemonia do novo regime. A assunção de um modelo liberal à americana pela Constituição de 1891 representa uma vitória ideológica do liberalismo americano.

¹²⁶⁷ Conforme BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.169, há quem conteste tal afirmativa como Felisbelo Freyre e Rangel Pestana. Confirmando ser verdadeiramente Rui Barbosa o mentor da Carta Republicana, grandes constitucionalistas históricos como Aurelino Leal, Homero Pires, Pedro Calmon e Afonso Arinos.

¹²⁶⁸ Diz o citado dispositivo: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar a validade ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade das leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válido os atos ou leis impugnados.”

gênese do controle de constitucionalidade no Brasil, que vai ser definitivamente implantado pela primeira constituição republicana (a Constituição de 1891). Ela reforçou no art. 59, §1º,¹²⁶⁹ a ideia de controle sobre atos e normas submetidos à Constituição, com redação bastante parecida com a da Constituição Provisória.

Apesar da clareza dos dispositivos citados, a tradição do judiciário brasileiro, mais afeiçoada, como dita acima, às tradições inglesa e francesa, só houve por bem exercer suas atribuições após Rui Barbosa ter, por intermédio de vários trabalhos, “demonstrado com clareza que aquela era uma prerrogativa do Judiciário”.¹²⁷⁰ Não deixa de ser surpreendente que a posterior difusão do modelo pela Europa tenha se dado a partir da Carta Republicana brasileira, que teria sido, nesta matéria, referência para que o constituinte português da Carta de 1911 optasse pela adesão a esse sistema de controle difuso da constitucionalidade das leis, contribuindo decisivamente para que Portugal viesse a exercer um pioneirismo continental, que acabou por resultar na difusão do modelo pela Europa.¹²⁷¹

Então, foi por essa via que passou o sistema brasileiro a entender como ato inconstitucional - seguindo a orientação de Rui Barbosa em sua adesão ao *judicial review* americano¹²⁷² - aquele que excede os poderes do Congresso, e que, por isso, não poderia produzir efeitos, pois que sendo *ultra vires*, teria como consequência lógica a nulidade, ainda que fosse um ato bom, que beneficiasse o país.¹²⁷³ Tendo havido uma reforma constitucional em 1926, não trouxe esta, alterações substanciais, de forma que se consolidou, assim, o sistema de controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro.

¹²⁶⁹ Assim foi previsto no Título I, Capítulo V, Seção III (Do Poder Judiciário): “Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade das leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis impugnadas.”

¹²⁷⁰ Conforme MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 157.

¹²⁷¹ Neste sentido, COSTA, José Manoel Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal. Separata de Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queirós*. Coimbra, 1987, p. 6, quando afirma “... que assim se revelou, na matéria em causa, como um documento constitucional precursor no espaço europeu, ao introduzir no ordenamento jurídico português, por inspiração direta da Constituição brasileira de 1891, o sistema de controlo incidental difuso da constitucionalidade, segundo o modelo norte-americano”.

¹²⁷² Neste sentido, ver BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa. s/ano, tomo V, v. XX, p. 39-134.

¹²⁷³ Conforme BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003, p. 39. É interessante observar que ao doutrinar sobre a impossibilidade de o valor do conteúdo normativo ter poderes para mitigar os efeitos da inconstitucionalidade, o autor, em razão da sua ascendência intelectual, influenciou fortemente o pensamento jurídico brasileiro para uma linha mais formalista do controle de constitucionalidade, que perdura até os dias atuais como corrente hegemônica, ainda que já se observe uma reação daqueles que consideram que a supremacia material pode, por vezes, mitigar os efeitos negativos da inconstitucionalidade.

É importante que se tenha em vista que o processo de adaptação do sistema de controle difuso, na linha do *judicial review* não foi destituído de percalços nas terras brasileiras. O direito americano, por sua estrutura, pertence à família do *common law*, sendo que os precedentes são vinculantes em razão do *stare decisis*. O sistema brasileiro, ao contrário, por seguir no direito a linha da chamada família romano-germânica, considera a jurisprudência como mera fonte subsidiária de direito.¹²⁷⁴ Assim, a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo pelo Supremo, não sendo vinculatório aos demais órgãos do Judiciário, incentivou a aplicação do ato viciado pelos juízes, o que encerrou por determinar o enfraquecimento do controle nesta Constituição, onde o mesmo não foi tão utilizado.¹²⁷⁵

6.5.2.1 O processo evolutivo do controle de constitucionalidade dos atos no período 1934-1988

A Constituição de 1934 institui algumas importantes mudanças no sistema de controle de inconstitucionalidade. No art. 179 da Carta de 1934 ficou estabelecido que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, objetivando, com tal medida, conceder maior segurança jurídica às decisões.¹²⁷⁶ No artigo 91, inciso VI, a Carta determinou a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato de deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, dando gênese a uma tradição que na Constituição de 1988 se encontra fundada no inciso X do art. 52. Com isto, como consequência, obtinha-se “efeito *erga omnes*” para a decisão, em um raro exemplo em que Judiciário e Legislativo reunificam esforços no sentido de conceder legitimidade ao ato de declaração de inconstitucionalidade, o que aumentava o grau de legitimidade do ato de exclusão da norma do sistema jurídico.

E para alguns, a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pela Carta de 1934 foi a, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello denominada, “declaração

¹²⁷⁴ Tendo sido recentemente aprovada pela Emenda Constitucional nº 45 (8/12/2004) a súmula vinculante, podemos afirmar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade parece ter dado um passo em direção ao sistema da *common law*, sendo que a súmula vinculante, diferentemente da súmula persuasiva, pode ser considerada fonte formal do direito.

¹²⁷⁵ Hoje, no âmbito do instituto da súmula vinculante (cuja gênese se dá em 2006, por meio da Lei 11.417), esse problema vai sendo, aos poucos, superado.

¹²⁷⁶ Conforme MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1980, pág. 170

de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal” ou simplesmente, como inclusive é mais conhecida, a “representação interventiva”, que nada mais era do que uma fórmula própria para compor judicialmente conflitos federativos em uma época em que eles abundavam¹²⁷⁷. Na verdade, condicionava-se a eficácia da lei interventiva de iniciativa do Senado (§3º do art. 41) à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁷⁸, o que representava uma grande ampliação dos poderes políticos concedidos ao Supremo, em razão da repercussão que a decisão, potencialmente, poderia causar.

É bem verdade, que houve os que defendessem não se tratar de exteriorização de um juízo político, mas de avaliação meramente técnico-jurídica,¹²⁷⁹ entendimento este que nos parece difícil de acompanhar, já que sendo a matéria, objeto de exame, possuidora de alto teor político, certamente que inviabilizaria qualquer decisão que não adentrasse fortemente em argumentos deste cariz. De qualquer forma, a repercussão de tal dispositivo acabou por redimensionar o poder político a ser exercido pelo Judiciário, como órgão mediador de conflitos e interesses regionais, frequentes no período.

A Constituição de 1937 representou para alguns¹²⁸⁰ inquestionável retrocesso ao desenvolvimento do sistema de controle judicial, ainda que não tenha qualquer modificação no modelo difuso de controle. É rompida a tradição republicana inaugurada na Constituição de 1891, estatuinto-se que na eventualidade do Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucionalidade de uma lei, que a juízo do Presidente da República fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento (parágrafo único do art. 96). Confirmada a validade lei por dois terços

¹²⁷⁷ Embora o modelo político previsto pela Carta de 1930 fosse centralizador, a verdade é que o republicanismo da República Velha (1889-1930) foi gerador de inúmeros confrontos regionais. No caso em espécie, o surgimento do instituto da “representação interventiva” está certamente relacionado à repercussão política causada pela Revolução Constitucionalista de 1932.

¹²⁷⁸ Conforme MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 24.

¹²⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1938, v. I, p. 364. Parece acompanhar esse posicionamento, MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 25.

¹²⁸⁰ Por exemplo, MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 26. Parece ser também a posição de BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p.63, quando entendia ter havido na espécie forma peculiar de revisão constitucional, já que a lei confirmada passaria a ter, na verdade força de emenda à Constituição. Não parece ser este o melhor entendimento, pois o que efetivamente se observa é que a vontade constitucional poderia ceder diante da vontade da maioria qualificada, em clara homenagem ao modelo anterior de tradição inglesa e francesa. Poderíamos até dizer que houve igualmente homenagem ao princípio democrático, tese essa que não subsiste ao mais frágil dos argumentos, pois que historicamente se sabe que foi esse um dos períodos de maior escuridão da história do país.

de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão que declarara a inconstitucionalidade.

Todavia, houve quem acolhesse com entusiasmo o novo instituto¹²⁸¹, provavelmente como entusiasta dos modelos inglês e francês que têm na força do Legislativo a mais elevada autoridade para estabelecer ou retirar leis do sistema. Nesse sentido, os argumentos apresentados foram de que a subordinação do julgado sobre inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento colocava o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo o que consideravam um preceito artificioso, sem realidade histórica, e que seria um campo aberto para política, já que a própria Constituição, como lei *sui generis* possuiria essa natureza. Essa questão, aliás, é ainda hoje de difícil resolução visto que se coloca em questão se a norma tem um conteúdo intrínseco e essencial, ou se, na verdade, o seu conteúdo refere-se a uma vontade dos poderes constituídos. O tema será objeto de reflexão no momento devido.

De qualquer forma, independentemente de ser questionável a intenção do constituinte quando estabeleceu a competência para suscitar a necessidade de manutenção da lei inconstitucional unicamente ao Chefe do Poder Executivo¹²⁸² - o que, em tese, já enfraqueceria a tese dos bons propósitos democráticos -, a historiografia auxilia-nos a avaliar as bases teóricas da formulação, quando as analisamos em meio às circunstâncias fáticas do momento histórico vivido. Com o Congresso Nacional fechado a prerrogativa de decidir pela continuidade da norma inconstitucional era exclusiva do Presidente da República, o que nos leva a desconsiderar qualquer objetivo de legitimação em bases democráticas.¹²⁸³

Afora esta relevante alteração, outras de menos vulto, mas também importantes foram à vedação ao Judiciário, nos termos do art. 94, de conhecer de questões exclusivamente políticas, bem como a perda da qualidade de garantia constitucional por parte do mandado de segurança, que passava a ser disciplinado por norma infraconstitucional.

¹²⁸¹ Segundo MOTTA FILHO, Cândido. *A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*, RF, 86:277. Apud: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 27.

¹²⁸² Conforme lembrado em BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 8ª ed. Brasília: OAB Editora, 2006, pág. 351, a competência dos três poderes na Constituição de 1937 era meramente formal, limitando-se ao centralismo do Executivo e condicionadas ao interesse do chefe supremo da Administração. Assim, mesmo que atuação legislativa ocorresse nos moldes constitucionais, ainda assim seria ela incompatível com as versões democráticas, embora os ideais democrático-liberais estivessem sob ataque de inúmeras ideologias ditatoriais e mesmo totalitaristas em todo o mundo.

¹²⁸³ Aqui o processo de legitimação é típica e predominantemente de caráter carismático, nos termos estabelecidos por Max Weber, abordados no Capítulo anterior. Em termos abrangentes, não se pode alegar ausência de legitimidade, mas sim de legitimidade democrática.

Em 1965, sob a égide da Constituição de 1946, ao receber esta sua décima-sexta emenda, foi inaugurado, então, o controle concentrado em nosso sistema. Surge ele ao lado e nos mesmos moldes da representação interventiva com a denominação de “representação de inconstitucionalidade”, introduzindo o controle abstrato de normas estaduais e federais, com o objetivo de decidir pela aplicabilidade, ou não, da lei contra a qual teria havido a representação¹²⁸⁴. Foi o Procurador-Geral da República, na condição de substituto processual de toda a coletividade, o único legitimado para intentar a ação. Diferentemente, a representação interventiva tinha na União, a titular no polo ativo, estando o Estado membro no polo passivo¹²⁸⁵.

De toda a forma, o surgimento do controle abstrato de normas no sistema brasileiro como instituto primordial com a finalidade de salvaguardar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconciliáveis¹²⁸⁶, é um momento de extrema importância na história do Direito Brasileiro, que passa, a partir deste momento, a iniciar uma mudança histórica de trajetória na sua forma de controlar os atos inconstitucionais.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade, mantendo tanto o controle difuso como o controle abstrato, na forma prevista pela Carta anterior. Apenas há uma ampliação na competência do Procurador-Geral da República para representação com fins de intervenção, assegurando-lhe a possibilidade de representar em razão de violação aos denominados princípios sensíveis (art. 10, VII),¹²⁸⁷ mas também prover a execução da lei federal (Art. 10, VI, 1ª parte).

¹²⁸⁴ O projeto de Emenda à Constituição trouxe nova redação e inovou em alguns dispositivos conforme observamos a seguir: A nova redação dada ao art. 101, inciso I, letra “k” da Constituição Federal de 1946 foi a seguinte: “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.” No âmbito da matéria, foram ainda acrescentados os seguintes dispositivos ao mencionado artigo: “§1º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento das causas de competência originária (inciso I) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas, dos recursos interpostos de decisões delas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal, bem como dos recursos ordinários nos crimes políticos (incisos II, c) e das revisões criminais (inciso IV). (...) §3º As disposições de lei ou ato normativo considerada inconstitucionais em decisão definitiva perderão eficácia a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União.” A esse se junte a nova redação do art. 64 que passou a vigor com a seguinte redação: “Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, §3º) fazer publicar no Diário Oficial e na coleção das leis, a conclusão do julgado que lhes for comunicado.”

¹²⁸⁵ Segundo, TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 255.

¹²⁸⁶ Conforme BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.p.65.

¹²⁸⁷ E aí, seguindo o que informa o dispositivo, estamos nos referindo aos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes; c) proibição de reeleição de Governadores e de Prefeitos para o

Mais adiante, pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977 foi introduzida, ao lado da representação de constitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Este novo instituto concedia legitimidade ao Procurador-Geral da República para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em caso de dúvidas sobre a constitucionalidade da lei. A forte polêmica que envolveu sobre a possível obrigatoriedade do Procurador-Geral da República ter de representar quando provocado¹²⁸⁸ acabou por chegar ao Supremo, que rejeitou as reclamações propostas por aqueles que entendiam ser obrigatória a representação pelo Procurador-Geral quando fosse este provocado para aferição da constitucionalidade da lei.

Ora, ao concordar que o Procurador-Geral pudesse decidir a respeito do encaminhamento ou não, dessa arguição de inconstitucionalidade, o Supremo anuiu que a Procuradoria-Geral da República invadisse a sua esfera de guardião da Constituição, dando a este órgão poder discricionário, ou mesmo arbitrário de, *per sí*, estabelecer controle prévio.

A demonstração da face conservadora e com pouca inclinação democrática da Corte Máxima no citado período, vedando que o processo de expandisse além do arbítrio da pessoa ocupante de um cargo cuja independência, no mínimo, estaria sob suspeita em razão do vínculo hierárquico do cargo de Procurador-Geral ao Chefe do Poder Executivo, está inserido em uma conjuntura de exceção, ditatorial-militar. O Poder Executivo era não só o maior violador de regras constitucionais, bem como, fora das suas tradicionais características de respeito ao modelo tripartido de poder, é ele principal “legislador”, utilizando-se de uma espécie normativa impositiva e antidemocrática denominada Decreto-Lei que, se do ponto de vista formal equivale à lei *stricto sensu*, sob a perspectiva da legitimidade em um Estado Democrático de Direito dela se afasta.

período imediato; d) independência e harmonia dos Poderes; e) garantias do Poder Judiciário; f) autonomia municipal; g) prestação de contas da Administração.

¹²⁸⁸ Conforme MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 253 e ss. A redação imprecisa da regra gerou grande polêmica sobre a obrigatoriedade ou não de, se provocado, submeter a lei questionada ao Supremo Tribunal Federal. A doutrina se dividiu sendo que autores como Celso Barbi defendiam a independência do Procurador-Geral da República usar seu poder de discricionariedade para decidir se submetia ou não, enquanto a maioria dos grandes nomes da época, tais como Pontes de Miranda, Caio Mario da Silva Pereira, Themístocles Cavalcanti, Josaphat Marinho entre outros, entendiam que o Procurador –Geral estaria obrigado a oferecer a arguição ao Supremo, na eventualidade da haver, ao menos, sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei.

6.5.2.2 O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil a partir da Constituição de 1988

No atual modelo brasileiro vigora o controle judicial em um sistema eclético, que combina elementos do modelo americano e do europeu continental.¹²⁸⁹ O constituinte originário, dada a polêmica gerada pelo monopólio do poder de ação de inconstitucionalidade outorgado ao Procurador-Geral da República percebeu a necessidade de ampliar o quadro de legitimados para propositura de ação desta natureza, ainda que não satisfizesse por completo as exigências de alguns grupos organizados que pleiteavam que lhes fosse assegurado o direito de propositura da ação por iniciativa popular¹²⁹⁰ porém sem sucesso.

Assim, nos termos do art. 103 da Carta de 1988¹²⁹¹, passaram a poder propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; e IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Se por um lado, a ampliação do rol vai ao encontro de uma possibilidade de maior participação de setores representativos da vida política e da sociedade civil, levando-nos a inferir que há a Constituição permitiu um acréscimo de legitimidade no processo político, por outro lado, poder-se-ia contrapor que o aumento dos legitimados revigora a possibilidade de se questionar perante o Poder Judiciário

¹²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

¹²⁹⁰ Conforme MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 255. É interessante observar que neste ponto o constituinte originário não fez eco da voz daqueles que entendem na esteira de Haberle que deve ser estendida de forma ampla à sociedade a possibilidade de interpretar a constituição. Sobre o tema ver HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e a "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹²⁹¹ Esse é o rol original da Carta de 1988 veio a sofrer pequenas alterações, sem modificações de substância, pela Emenda Constitucional nº 45 de 2005 passando a ter a seguinte redação: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; e IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

deliberações estabelecidas pela “vontade geral”. Neste caso, há como deixar de se admitir a que se está diante de um processo de judicialização da política em curso, tema que aprofundaremos no Capítulo subsequente.

O sistema da Carta de 1988 estabeleceu um sistema eclético de controle de constitucionalidade que foi sendo ampliado no decorrer dos anos. Aliás, como já foi objeto de comentário no Capítulo 4, ele foi objeto de muitas mudanças nos últimos 25 anos. Há previsão não só de controle na forma repressiva (sucessiva), mas também na forma preventiva. Esta última, a faceta menos conhecida, pode ocorrer por intermédio da atuação do Chefe do Poder Executivo (poder de veto), conforme art. 66, ou por meio da atuação do próprio Poder Legislativo, por meio das comissões de justiça e constituição de cada uma das casas, nos termos do art. 58§2º.¹²⁹²

Já o controle repressivo (ou sucessivo) no Brasil é exercido principalmente sob a forma jurisdicional¹²⁹³, por intermédio das denominadas vias difusa e concentrada. A primeira citada, a difusa (ou *incidenter tantum*), mais relacionada à tradição herdada dos americanos e que está relacionada à origem do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil; já a segunda, a forma concentrada, vem ganhando crescentes contornos, de forma a merecer uma maior atenção de nossa parte. E isso, não apenas pelo fato de estar mais intimamente relacionada ao objeto de estudo do presente trabalho, mas também porque a introdução de um sistema de controle de normas com outorga a diferentes órgãos da sociedade munidos de poderes para propor a ação para fins de fiscalização da constitucionalidade de atos normativos¹²⁹⁴, estimula-nos a pensar que o constituinte (originário, mas também o derivado) objetivou (e continua objetivando), na verdade, a intensificação do controle de normas no ordenamento jurídico brasileiro pela via abstrata, como instrumento de correção mais abrangente e mais célere do sistema.¹²⁹⁵

¹²⁹² A jurisprudência do STF tem admitido um outro caso: é a legitimidade do parlamentar - e unicamente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com o propósito de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04).

¹²⁹³ Segundo MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 606 e 607, o controle repressivo não é exercido unicamente pelo Poder Judiciário, como é natural supor. Abrem-se duas exceções: a) a primeira prevista no art. 49, inciso V, da Carta de 88, quando dispõe “competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”, referindo-se às espécies Decreto Presidencial e Lei Delegada; b) a segunda fundamentada no Art. 62 da Constituição Federal que informa que o Poder Legislativo pode rejeitar uma Medida Provisória por considerá-la inconstitucional.

¹²⁹⁴ Nessa linha MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 255.

¹²⁹⁵ Em BEÇAK, Rubens. *As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf>. Acesso em: 15 out. 2012, vai ao encontro desta posição quando afirma que o próprio controle em concreto vai “perdendo terreno”

Cabe lembrar que esse processo não pode ser analisado em separado daquilo que foi abordado no Capítulo 2, quando se ressaltou a emergência de uma concepção neoconstitucional pelo sistema jurídico brasileiro. A posição de centralidade constitucional acaba por exigir o aperfeiçoamento do sistema de controle das normas subconstitucionais pelo parâmetro normativo constitucional. Nessa via, o que se busca é a adequação dos institutos jurídicos a essa nova realidade justeórica que ascende no Brasil, e que parece melhor se aclimatar à tradição histórica.

Iniciemos, porém, nossa rápida visita aos tipos de controle previstos pela atual Constituição brasileira pela via difusa de controle, em homenagem ao modelo que deu gênese ao controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

6.5.2.1 O controle de constitucionalidade pela via difusa ou por exceção

O controle de constitucionalidade brasileiro pela via difusa, também chamado sistema americano¹²⁹⁶ - que permite a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, mediante um caso concreto, a análise sobre a compatibilidade da norma que fundamenta a alegação da parte com a Constituição Federal – é sempre concreto e na grande maior parte das vezes será incidental¹²⁹⁷. Tendo como objetivo resolver um conflito intersubjetivo, o exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma é mera questão prejudicial não constando na parte dispositiva da sentença, sendo tão somente o *iter* lógico percorrido pelo juiz. Por isso, o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei no controle difuso produz apenas efeitos endoprocessuais¹²⁹⁸, mas não faz coisa julgada. Na verdade, há um entendimento quase unânime de que a inconstitucionalidade em sede de controle difuso pode ser conhecida de ofício, sem que haja uma fase própria para que se dê tal

para o controle abstrato, na exata medida em que este, com seu inegável apelo de rapidez, economia, certeza etc. vai ganhando amplitude.

¹²⁹⁶ Assim faz CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 891.

¹²⁹⁷ É discutível a possibilidade de haver controle difuso pela via principal: é a hipótese do mandado de segurança contra lei *in tese*, na qual o impetrante tem direito líquido e certo violado pela norma. De qualquer forma, o STF está legitimado para julgar a demanda.

¹²⁹⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150 e 151; Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Ed.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 812.

reconhecimento¹²⁹⁹, pois a regra é que não há um momento específico para que seja suscitada a inconstitucionalidade da lei.

Uma peculiaridade no controle difuso é que a declaração de inconstitucionalidade quando submetida a qualquer órgão judicante coletivo deverá ser feita através do voto da maioria absoluta dos seus membros, havendo órgão especial, pela maioria destes, nos termos do art. 97 da CF/88, a chamada “cláusula de reserva de plenário”.¹³⁰⁰ De toda maneira, por razões evidentes, ao juiz monocrático o controle de lei ou ato normativo do Poder Público é realizado monocraticamente¹³⁰¹, o que poderia gerar alguma perplexidade já que estaria se dando ao juiz de primeiro grau uma prerrogativa, negada ao juiz (singularmente considerado) de segundo grau. Porém, se considerarmos que está é uma prerrogativa orgânica e não pessoal, a questão parece se justificar em bons termos.

Quando o STF conhece de questão incidental em um caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade proferida é encaminhada ao Senado Federal, a quem compete suspender a execução, no todo ou em parte, do ato declarado inconstitucional, em decisão definitiva, por intermédio de resolução, que terá efeito *erga omnes*, e eficácia *ex tunc*¹³⁰². Essa orientação baseada em um critério teleológico

¹²⁹⁹ É o que se pode extrair de algumas decisões proferidas não só pelo Pretório Excelso STF - 1ª T. RExt. nº 117.805PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicada em 27/08/1993, mas também por decisões proferidas no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que no Resp 21.613/SP e no ROMS nº 746/RJ (ambos sob o relato do Min. Milton Luiz Pereira), em síntese, informam que o controle jurisdicional de constitucionalidade, no regime da constituição vigente pode ser exercitado via de defesa (difuso), *incideretur tantum*, por todos os juízes, com efeito *inter partes*, inclusive confirmando a competência do juízo de primeiro grau para a declaração incidental de inconstitucionalidade.

¹³⁰⁰ O STF tem reiteradamente firmado posição quanto à nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que desrespeite tal cláusula. Conferir: RTJ 58/499; RTJ 71/233; RTJ 110/226; RTJ 117/265; RTJ 135/297; RTJ 508/217, salvo haver precedente do Plenário. Nesse sentido, RTJ 162/765 do STF. Esse posicionamento fez surgir a Súmula Vinculante nº 10, nos seguintes termos “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

¹³⁰¹ Essa também é a posição do STF expressa no RExt. nº 117.805PR - 1ª T – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicada em 27/08/1993, acima citado, onde o relator afirmou que “na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e consequente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada.” Na doutrina, mesmo antes da nova Constituição já se consagrara tal posição. Ver em ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1983, p.56. Cumpre ainda verificar STF – Pleno – Reclamação nº 721-0/AL – Medida Liminar – Rel. Min. Celso de Mello, pub. Em 19/02/1998. Todavia não deixa de ser interessante que um juiz de primeiro grau possa reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma, mas que uma turma do STF, formada por cinco juízes não o possa.

¹³⁰² Contra, defendendo que a decisão só pode produzir eficácia a partir da suspensão do ato pelo Senado Federal: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de

de análise, embora com divergências, é a que tem sido sustentada pela maior parte dos autores. Ou seja, o ato baixado pelo Senado Federal tem efeito retroativo, a fim de emprestar eficácia genérica (*erga omnes*), a essa decisão judicial, que até então produzia efeitos *inter partes*.¹³⁰³

Cumprе esclarecer que é dominante o entendimento de que o Senado Federal não se encontra obrigado a editar resolução suspensiva de ato normativo declarado inconstitucional em sede de apreciação incidental pelo Supremo Tribunal Federal, no exame de um caso concreto. Essa é uma questão típica de preservação da prerrogativa de poder, enquanto Poder, e que gerou grandes debates e uma infundável queda de braços entre o STF e o Senado federal. O primeiro entendia que a suspensão do ato deveria ser consequência de ato vinculante emanado pelo STF, enquanto o segundo, cioso de sua posição de Poder da República, entendeu que aceitar a “obrigatoriedade” de realizar o ato de suspensão após comunicação do STF, significaria reconhecer estar sendo submetido a uma deliberação de natureza hierárquica.

Com isso, nos dias de hoje cristalizou-se a posição de que se trata de ato discricionário do Senado¹³⁰⁴, que decidirá pela edição da resolução suspensiva, ou não, após analisar a oportunidade e a conveniência de tal ato. Decidindo o Senado Federal pela edição da resolução suspensiva esgotará sua competência constitucional no caso, sendo-lhe vedado alterá-la ou suprimi-la. A utilização desta solução, em uma ação conjunta entre Legislativo e Judiciário, tem o condão de conceder maior legitimidade à decisão, pois ficaria evidenciada a disposição do poder responsável pela emanção da norma em aquiescer com sua retirada do sistema.

O efeito *erga omnes* objetivado vem acompanhado da eficácia temporal que dispuser o STF. A posição que prevaleceu após larga discussão acerca da

Janeiro. Forense, 1966. 162-166; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1980, p.211.

¹³⁰³ BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 50. Brasília: s/ed. 1976, v. XIII, pág. 61 reforça essa posição.

¹³⁰⁴ São doutrinadores a favor deste posicionamento: BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 89-90, BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 50. Brasília, s/ed. 1976, v. XIII, p. 50-61; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1980, p. 210; TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.44; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 152. Contra esse posicionamento: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 35; BASTOS, Celso. *Perfil Constitucional da ação direta de inconstitucionalidade*. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. XXII, p. 22/78; BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 145.

extensão da eficácia temporal (se os efeitos concedidos à suspensão deveriam ser *ex nunc*,¹³⁰⁵ como sugeriria o nome, ou *ex tunc*, natural efeito dos atos inconstitucionais, no Brasil¹³⁰⁶) tem sido cristalizada em dois sentidos: se por um lado não é possível obrigar ao Senado a expedição do ato de suspensão, por outro lado, não poderia a Alta Casa do Congresso Nacional restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte. Essa solução nos parece mais coerente do que aquela que simplesmente afirma que a eficácia produzida é *ex tunc*, já que em tempos em que a modulação dos efeitos é técnica reiteradamente utilizada, não parece razoável, sem a devida ponderação que merece cada caso, desde logo afirmar a nulidade do ato.¹³⁰⁷

De toda maneira, não concordamos com a posição doutrinária que entende que a regra estabelecida pelo art. 52, X da Constituição Federal mostra-se obsoleta e, por isso inadequada ao atual sistema de controle de constitucionalidade. Na verdade este ato tem o condão de emprestar legitimidade a um ato que tem o inconveniente de ir de encontro à vontade do representante da soberania popular (supondo que o ato declarado inconstitucional seja objeto de criação do Poder Legislativo). Na realidade, se o instituto reclamaria alguns aperfeiçoamentos, a verdade é que o fundamento teórico-político que sustenta sua existência é da mais alta relevância, pois ao exteriorizar o reconhecimento do vício com a concordância de quem auxiliou na sua produção, tem o condão de aumentar no corpo a que se destina a norma, a certeza da inconstitucionalidade.

6.5.2.2 O ascendente fenômeno da abstrativização do controle concreto

A situação que envolve a polêmica acerca do art. 52, X da Constituição vai bem além de uma possível rusga entre Poderes. Ela está na raiz de um debate que vem alimentando discussões doutrinárias, cujas linhas argumentativas estão na base da produção de novos institutos jurídicos. Trata-se da possibilidade de que decisões em sede difusa, a partir de um caso concreto que tenha por fundamento jurídico básico questão de ordem constitucional, julgadas pelo STF, que tradicionalmente geram efeito *inter partes* possam vir a produzir eficácia *erga omnes*, dada a

¹³⁰⁵ Posição defendida por CAVALCANTE, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pág. 164 e também por MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. Pág. 211.

¹³⁰⁶ Posição hoje mais aceita, com base no entendimento do STF, no RMS 17.976. Re. Amaral Santos, RDA 105:111(113) e também no Senado Federal, conforme Brasil. Congresso, Senado federal. Parecer 154, de 1971. Rel. Senador Accioly Filho. Revista de Informação Legislativa 12(48):266-8.

¹³⁰⁷ Parece ser a posição sustentada em MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pág. 391.

importância dos fundamentos que suportam a decisão. Esse fenômeno está sendo considerado pela doutrina brasileira como verdadeiro processo de “abstrativização do controle difuso”, já que parte do pressuposto que por detrás dos interesses subjetivos das partes, sobressaem *rationes decidendi* transcendentas.¹³⁰⁸

Assim, a exigência de uma eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão proferida (ou seja, a eficácia que advém da fundamentação)¹³⁰⁹ é reclamada não apenas pela situação particular que a originou, mas por todos aqueles que se encontram em situação semelhante. Não há fundamento legal ou constitucional que possa sustentar tal premissa, mas sim a própria exigência de coerência lógica. O processamento de uma decisão sobre possível inconstitucionalidade de ato normativo em sede abstrata em nada difere da linha seguida pelo STF, quando este se volta para estabelecer decisão que tenha por base questão prejudicial em que se discute possível inconstitucionalidade do ato que sustenta certa relação jurídica concreta.¹³¹⁰

Por isso, essa abstrativização do controle concreto seria tanto uma decorrência quanto uma exigência lógica, pois as razões que reclamam a eficácia *erga omnes* no controle abstrato são as mesmas que a reclamam no controle concreto, ou seja: a força normativa da Constituição; o princípio da supremacia constitucional e a aplicação das normas infraconstitucionais de forma uniforme, a todos os destinatários; o STF, mesmo em sede difusa, permanece sendo o guardião da Constituição e seu máximo intérprete.

A eficácia vinculante se destina a conferir segurança jurídica, tutelando a estabilidade da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade¹³¹¹. Todavia, devemos

¹³⁰⁸ A Rcl 1.987. Rel. Maurício Corrêa. 01/10/2003. é considerado o *leading case* para a tese. Nesta, posicionaram-se favoravelmente à tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes Maurício Corrêa, Celso Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Nelson Jobim. Divergiram desta tese Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio Mello, Sepúlveda Pertence e Carlos Mário Velloso.

¹³⁰⁹ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Ed.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 859.

¹³¹⁰ Um dos maiores defensores da tese em sede doutrinária é Gilmar Mendes, embora já o tenha feito também na condição de Ministro. Em MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 162. Brasília, s/ed. 2004, v. XLI, págs. 162-165, o autor defende a tese de ter ocorrido autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, uma nova compreensão acerca da regra do art. 52, X. Também em ZAVASCKI, Teori A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 135-136, encontra-se apoio à transcendência em caráter vinculante mesmo em sede de controle difuso.

¹³¹¹ Conforme nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Ed.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 864. Situando-se contrário STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição*

lembrar que o processo de abstratização ou objetivação do controle concreto fortalece o papel da jurisdição constitucional, concedendo maiores poderes ao Supremo Tribunal Federal. Embora a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes dificilmente possa ser colocada em questão quando analisada sob a perspectiva de um modelo que privilegia o controle jurisdicional da norma, a verdade é que, neste caso, há sim um fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos poderes políticos da República, o que levanta a questão da legitimidade das decisões proferidas, sustentadas estas em argumentos de viés predominantemente técnico-jurídicos.

Porém, o fenômeno da abstrativização vem gerando repercussões múltiplas no sistema jurídico, já que alguns dos institutos de destaque no atual ambiente jurídico possuem como fonte de inspiração as ideias que lhe dão base. Dois de maior destaque passamos a apresentar: a repercussão geral e a súmula vinculante.

6.5.2.2.1 A Repercussão Geral no âmbito da abstrativização do controle concreto

Sob uma perspectiva prática, uma das técnicas para alcançar os objetivos a que visa a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é a utilização do novel instituto da “repercussão geral”. Ele foi concebido em nosso ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional n.º 45/04, que o inseriu por intermédio do o § 3º, no art. 102 do Texto Constitucional, sendo o referido dispositivo posteriormente regulado pela Lei n.º 11.418/06¹³¹². Assim, a relevância das questões constitucionais¹³¹³ deverá ser considerada requisito de admissibilidade do recurso

constitucional. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>> . Acesso em: 08 nov. 2010. Os autores asseveram que “decidir que qualquer decisão do STF em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado contraria a própria Constituição. Também, em posição contrária, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 592.

¹³¹² Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da *Constituição Federal*. O art. 543-A, § 5º, do CPC, estabelece que caso a repercussão geral pleiteada em preliminar não seja reconhecida, tal decisão será aplicável a todos os recursos sobre matéria idêntica. Seguindo a mesma linha, o art. 543-B, § 1º, do CPC, prevê o sobrestamento de recursos interpostos com fundamento em controvérsia idêntica, até que o STF estabeleça posição definitiva sobre a questão, que deverá ter decisão observada pelos tribunais.

¹³¹³ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Ed.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 839, entende que a repercussão reunifica relevância e transcendência.

extraordinário pelo recorrente, sob pena de sua inadmissão, servindo o mesmo como verdadeira filtragem recursal¹³¹⁴.

O instituto em questão permite ao STF julgar somente questões cujos interesses não se finalizam nos interesses das partes, funcionando como verdadeiro filtro seletivo, de forma, por um lado a) evitar que questões de interesses meramente privados pudessem ser objeto do controle difuso pela via extraordinária e b) aproveitar a discussão em sede concreta para auxiliar no processo de purificação do sistema. A partir desta visão, a importância das causas selecionadas levou a que constitucionalistas considerassem que o efeito transcendente da decisão estabelecida no recurso paradigmático (no caso, pela via Extraordinária) deveria atingir todos os processos que tivessem por fundamento idêntica controvérsia, de forma a aproximar ainda mais os controles concreto e abstrato, maximizando a feição objetiva do recurso extraordinário.¹³¹⁵

Trata-se de uma nova visão do controle difuso, mormente do recurso extraordinário, que passa a ser concebido como um verdadeiro instrumento de jurisdição constitucional e não simplesmente como um grau recursal de lides privadas. Por isso, o processo entre as partes, levado ao STF pela via extraordinária pode ser visto hodiernamente como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos, situação típica da jurisdição constitucional e não mera fase recursal.¹³¹⁶

Além disso, diversos dispositivos legais que regulam o instituto da repercussão geral revelam aspectos que reforçam a tese em questão. salvo venha a tese a ser revista pela própria jurisprudência do STF, nos termos regimentais estabelecidos. Logo, temos que efeitos decorrentes de decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso, a partir, portanto, de um caso concreto, poderão ser automaticamente irradiados para demandas de terceiros, o que configura claro exemplo de abstrativização legislativa do controle concreto.

¹³¹⁴ Em Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Ed.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 838.

¹³¹⁵ Segundo em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 1237.

¹³¹⁶ No Recurso extraordinário (RE) n. 376.852. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=261812&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20376852%20-%20MC>>. Acesso em: 31 out. 2009 o relator apresenta como linha argumentativa que a repercussão geral objetiva, portanto, que o STF atue verdadeiramente como guardião da Constituição, analisando a validade das normas em abstrato, e não como um revisor de tribunais inferiores. Desta forma, o recurso extraordinário assume um papel de instrumento de defesa da ordem constitucional objetiva, transcendendo os interesses subjetivos das partes.

Neste caso, o tribunal de origem deverá selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, encaminhá-los ao STF, que se pronunciará o definitivo pronunciamento do STF, julgar os processos com base nos fundamentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, que se estabelecem como paradigmas para os casos semelhantes. Sem dúvida, tais regras, além de proporcionar efetividade na prestação jurisdicional, representam, de fato, a inserção de elementos característicos do processo objetivo em processos de cunho subjetivo, seguindo a atual tendência de abstrativização (objetivação) do controle concreto.

6.5.2.2.2 A Súmula Vinculante no âmbito da abstrativização do controle concreto

O instituto da súmula vinculante, considerado um meio mais seguro de produzir efeitos vinculantes em caráter geral¹³¹⁷, como instrumento de uso exclusivo do STF, foi inserido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, e encontra-se previsto no art. 103-A da CF/88¹³¹⁸, tendo, posteriormente sido regulamentado pela Lei n.º 11.417/2006. Tendo alguns traços que a aproximam do modelo jurisprudencial norteamericano (*Common Law*), pelo qual o precedente judicial (embora as súmulas não sejam precedentes¹³¹⁹) é a fonte do direito, a súmula vinculante tem por escopo propiciar maior segurança jurídica à sociedade, na medida em que determina que todos os juízes e tribunais, inclusive a administração pública, devem seguir o que foi decidido no caso concreto pela Corte Suprema, evitando, desta forma, violações ao princípio da isonomia.

Em processo subjetivo, instaurado a partir de um caso concreto, O Supremo Tribunal Constitucional estabelece uma orientação jurisprudencial que

¹³¹⁷ Há quem, na linha defendida pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence, quem entenda que a súmula vinculante é preferível à teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Na Reclamação 4.335/AC assim se manifestou: "(...) não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de "projeto de decreto de mutação constitucional", já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A)".

¹³¹⁸ De acordo com aludido dispositivo constitucional, depois de reiteradas decisões em controle concreto sobre a matéria constitucional controvertida, o STF poderá aprovar, de ofício ou por provocação, mediante o voto de 2/3 dos seus membros, súmula geradora de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

¹³¹⁹ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, págs. 55 e seguintes, já que, principalmente, os precedentes são fruto da tradição enquanto a súmula é uma regra escrita, com todas as consequências que daí decorrem.

produzirá eficácia geral e vinculante em relação a todos os demais órgãos do Judiciário, órgãos da Administração Pública em todas as esferas da Federação. Como temos afirmado, as decisões proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade, em princípio, deveriam repercutir unicamente na esfera jurídica das partes nele envolvidas. Todavia, no caso das súmulas vinculantes, a eficácia produzida, além de obviamente vinculante, é *erga omnes*.

Por isso, é possível afirmar que, na esteira do que ocorre também com a repercussão geral, o instituto da súmula vinculante igualmente contribui para o processo de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, pois confere força vinculante às decisões originadas em controle concreto, autorizando que terceiros estranhos às demandas que inspiraram a edição da súmula possam usufruir dos comandos por ela emanados. Por isso, mediante ajuizamento de Reclamação Constitucional perante o STF (art. 103-A, § 3º, da CF/88), serão anulados os atos administrativos e cassadas as decisões judiciais que, de alguma forma, vierem a violar o conteúdo sumular ou que indevidamente o aplicar, de forma a garantir a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

6.5.2.3 Controle de constitucionalidade pela via concentrada

O controle pela via concentrada¹³²⁰ no Brasil, conforme vimos anteriormente, é relativamente novo - já que somente foi implantado em novembro de 1965, por intermédio da Emenda Constitucional nº 16 da Constituição de 1967 -, mas passou por um processo permanente extensão das suas técnicas no decorrer dos últimos 25 anos. Ele se exterioriza principalmente pelo controle abstrato de constitucionalidade¹³²¹ que é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais, quando o parâmetro de controle são as constituições estaduais.¹³²²

¹³²⁰ Em CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 892, é também denominado sistema austríaco.

¹³²¹ Países como Alemanha, Itália e Espanha utilizam-se da técnica de controle concentrado concreto. Mesmo no Brasil podemos vislumbrar ao menos uma hipótese desta categoria: é o caso da Ação Direta Interventiva. Pode-se ainda discutir se a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental é também um mecanismo concreto. Nesse caso específico, entendemos ser um mecanismo híbrido já que, por vezes, o STF julgará o caso concreto.

¹³²² Conforme o Art. 125 da Constituição Federal "Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição (...) § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. (...)".

No Brasil, a via concentrada é utilizada na maior parte das vezes pelo controle abstrato, que doutrina alemã costuma designar como processo objetivo, em razão de ter o mesmo por finalidade à higidez do ordenamento jurídico, e não a tutela de interesses subjetivos concretos. Recentemente a Lei nº 9.868/99 estabeleceu o processo e o procedimento para das ações diretas de inconstitucionalidade (modalidade genérica – ADI) e para as ações declaratórias de constitucionalidade (modalidade genérica – ADC). Logo após, sob a mesma lógica, foi produzida por intermédio da Lei nº 9.882/9, o procedimento para processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (modalidade genérica – ADPF) que, embora prevista originariamente no Texto de 1988, não possuía qualquer previsão de rito procedimental.

No controle abstrato, não existindo verdadeiramente partes - as mesmas existem em um sentido puramente formal -, extraem-se algumas consequências evidentes como, por exemplo, a impossibilidade deste “autor formal”, após a propositura da ação, desistir, renunciar ou acordar sobre teor conteudístico da decisão a ser proferida pelo tribunal, em conformidade com o disposto no §2º do art. 11 da Lei 9.868/99. A *causa petendi* é aberta, pois a ausência de habilitade, ou mesmo a incompetência, na sustentação das razões pelas partes não deve colocar em risco a higidez do ordenamento. Mesmo havendo decisões do STF que preveem a existência de um polo passivo, e neste caso seria o órgão elaborador da norma, preferimos entender que, a rigor, neste tipo de ação não há réu, já que nem mesmo o órgão que elaborou a regra está obrigado a defendê-la, encargo constitucionalmente previsto para o Advogado-Geral da União nos termos do que dispõe o §3º do art. 103 da Carta de 1988.¹³²³

Assim, observamos a existência de cinco espécies do gênero controle concentrado previstas na Constituição vigente: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); d) a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*) e; e) a ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Para o presente trabalho, a compreensão das dimensões do processo objetivo torna-se fundamental para resolver as questões concretas ligadas a ADI

¹³²³ Esta defesa parece-nos imprescindível, principalmente quando a norma que está tendo sua constitucionalidade questionada tenha sido produzida pelo Poder Legislativo, já que o que estaria em jogo é a retirada de norma produzida pelos representantes do povo, que representam a soberania popular.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade) e à ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade), espécies que, juntamente com a ADPF, não só são as mais comuns no controle abstrato de constitucionalidade, mas que, em razão de suas características e especificidades, nos proporcionam a possibilidade de enfrentar as questões centrais do presente trabalho, fundamentalmente no que se refere à decisão que declara a validade ou invalidade (constitucionalidade ou inconstitucionalidade) e os possíveis efeitos de ato normativo primário. Além disso, há o fato de que o aprimoramento e o redimensionamento das formas de controle acabam por configurar um quadro de maior interferência do Poder Judiciário em um processo que há bem pouco era considerado predominantemente dos órgãos políticos.

Por esta razão entendemos ser importante traçar um quadro geral das modalidades de controle. Fixaremos, ainda que de forma resumida, as características gerais de cada uma das modalidades de controle, a fim de delimitar o nível de interferência no âmbito de determinação do conteúdo normativo e, claro, no processo de afastamento de normas do quadro jurídico-legal quando o sistema judicial de controle identificar a incompatibilidade com a Constituição.

6.5.2.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade e suas submodalidades

A ação Direta de Inconstitucionalidade como modalidade de controle concentrado comporta duas submodalidades: as denominadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade Genérica, as mais conhecidas dentre as modalidades de controle, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. Iniciemos pela primeira espécie que, certamente, é uma das mais importantes modalidades a serem estudadas, já que, em razão de suas especificidades realizam a maior parte do controle das normas que encontram seu fundamento de validade imediatamente na Constituição. Em síntese, controlam atos normativos primários - aqueles que têm aptidão para inovar na ordem jurídica - e não nos secundários - os que têm fundamento de validade nos atos normativos primários.

6.5.2.3.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade genérica tem por objeto, consoante o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal a decretação *in abstrato* de

inconstitucionalidade de lei federal ou estadual¹³²⁴ - editados após a vigência da Constituição Federal de 1988 e que estejam ainda em vigor – que tenham seu fundamento de validade na Constituição. A legitimidade para proposição da ADI está estabelecida no rol do art. 103, sendo que o STF tem entendido que nem todos ali constantes possuem legitimidade *erga omnes*.¹³²⁵ É de se notar, que neste tipo de controle, isto se dá de forma automática, não havendo necessidade de resolução do Senado Federal.

Essa modalidade é delegada não só ao Supremo Tribunal Federal, quando tem este por propósito a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros) por afronta a Constituição Federal, como também aos Tribunais de Justiça dos Estados da Federação que têm competência para julgar ADIs decorrentes de possível inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, em face da constituição estadual, de forma a tornar possível a retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional dos Estados-Membros¹³²⁶.

Nas ADIs de competência do Supremo Tribunal Federal, estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, além do rol elencado no art. 59 - ou seja, os atos normativos primários (emendas constitucionais,¹³²⁷ leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) que integram nosso ordenamento jurídico - todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo que encontrem fundamento imediato na Constituição. Embora ainda reste hoje dúvida sobre os atos estatais de efeitos concretos¹³²⁸, as Súmulas

¹³²⁴ Vê-se que não se incluiu como objeto de controle as leis municipais, o que é questionável, já que o município é considerado como ente da federação pela própria Constituição, conforme o art. 18 do Texto Maior. Todavia, como veremos, atos normativos municipais primários podem ser objeto de controle concentrado pelo STF por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹³²⁵ Essa legitimação *erga omnes* (especial) não atinge as mesas das Assembleias, os Governadores dos Estados, e as confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional. Conforme, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 427, a estes, exige-se uma relação de pertinência entre o objeto da norma questionada e o interesse do proponente da pertinência temática a que o Supremo denomina como “vínculo de pertinência temática”. Neste sentido, ADI 1526 QO / DF. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 05/12/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹³²⁶ No que se refere a essa segunda espécie de ADI genérica, a Constituição Federal de 1988 não estabelece um rol de legitimados para proposição da ação direta, remetendo à lei estadual tal definição, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.

¹³²⁷ A possibilidade de ser a Emenda Constitucional controlada por ADI não é pacífica. Neste sentido, já firmou posição a jurisprudência do STF que já há muito exerce tal controle: ADI 829 / DF Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 14/04/1993 - Órgão Julgador: Pleno, Mais recentemente, mantendo o entendimento: ADIs 3105/DF e 3128/DF; Relatora: Min. Ellen Gracie; Julgados em: 18 /08 /2004; Órgão Julgador: Pleno. A doutrina unanimemente não discrepa do posicionamento jurisprudencial.

¹³²⁸ Posição em ADI 767, Rel. Francisco Rezek, 26/08/92; ADI 842, Relator Celso Mello, DJ 14/05/93. Porém, o posicionamento alterou-se o posicionamento na ADI 4.048-MC/DF, Relatoria de Gilmar Mendes, 17/04/2008, quando entendeu que mesmo atos de efeito concreto quando editados sob a forma de lei

dos Tribunais não são alcançadas pela jurisdição constitucional concentrada. Também estão imunes à apreciação de constitucionalidade, via ADI, as normas constitucionais originárias.¹³²⁹

O dispositivo constante no art. 102, I, “p” da Constituição prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, sendo que a Lei 9.868/99, no §1º do art. 11 estabelece a possibilidade de concessão de liminar com efeito *erga omnes* e *ex nunc*, a fim de suspender a eficácia da lei ou ato normativo arguido de inconstitucionalidade. O STF, porém, tem a prerrogativa de conceder a liminar com efeito *ex tunc* caso entenda necessário.¹³³⁰ E tal decisão resulta em uma interessante inovação trazida pelo legislador por intermédio do §2º do art.11 da Lei 9.868/99: a possibilidade de haver a repristinação da lei revogada pela lei inconstitucional, quando excepcionalmente decidiu o STF pela eficácia *ex tunc*.¹³³¹ Tal inovação inspira-se no disposto no art. 282, I da Constituição portuguesa, na qual a declaração de inconstitucionalidade determina,

poderiam vir a ser objeto de ADI. Porém, ainda não há definição da matéria tendo em vista que esse posicionamento foi tomado em sede de medida cautelar, em apertada maioria.

¹³²⁹ Neste sentido a simbólica ADI 815 / DF. Relator: Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 28/03/1996 Órgão Julgador: Pleno, que em sua Ementa apresenta o seguinte teor: “(...) A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.(...)”

¹³³⁰ Segundo STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 428, o efeito *ex nunc*, estabelecido como regra, introduz novidade no sistema brasileiro. Para o autor, trata-se, *mutatis mutandis*, o mesmo fenômeno previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, dispositivo que será objeto de análise aprofundada no decorrer deste trabalho. De qualquer forma, observa-se que em sede cautelar, a regra é que a eficácia seja *ex nunc*, enquanto no julgamento do mérito a regra é que essa eficácia seja *ex tunc*.

¹³³¹ Na eventualidade de ser a lei repristinada também inconstitucional, seguindo a lição de STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 428, que seja aconselhável que no ajuizamento da ADI, no momento em que se busca a declaração de inconstitucionalidade da lei revogadora, faça-se menção, igualmente, à lei revogada. Também neste sentido, a Jurisprudência do STF: ADI 2.215- PE Medida Cautelar – Rel. Min. Celso de Mello. Aliás, o STF vem consolidando o instituto da repristinação conforme observa-se na decisão da ADI 2884 / RJ -Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 02/12/2004 - Órgão Julgador: Pleno” quando se afirma na Ementa “A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), não se reveste de qualquer carga de eficácia derogatória.”

salvo manifestação do Supremo em contrário,¹³³² a repristinação das normas que, eventualmente, tenha a norma inconstitucional revogado.

O caráter objetivo desta ação, seguindo a tradição portuguesa e alemã quanto à indisponibilidade da ação de controle abstrato após sua proposição, não permite, conforme o art. 5º da Lei 9.868/99, a partir de sua instauração, a desistência por aquele que a propôs, descaracterizando-se a licitude do requerimento de desistência da mesma, até mesmo quanto ao pedido formulado em sede liminar.¹³³³ Cumpre ressaltar que fica o STF adstrito à análise do pedido formulado, sem, contudo, necessariamente vincular-se aos fundamentos apresentados na inicial¹³³⁴. Ressalte-se, ainda, que, em homenagem ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, o Advogado-Geral da União é citado para defender o ato impugnado.

Dá-se a inconstitucionalidade do ato normativo se, conforme o art. 22 da Lei 9.868/99, a maioria absoluta dos membros do Tribunal julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Do contrário, julgando improcedente a Ação, estará declarando sua constitucionalidade. Essa natureza dúplice da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tal como ocorre também com a Ação Declaratória de Constitucionalidade¹³³⁵, está expressamente prevista no art. 23 da Lei acima citada, cuja redação não proporciona margem para dúvidas.¹³³⁶

O STF, em sede de ADI, pode não retirar a lei ou dispositivo normativo do ordenamento jurídico, mas apresentar *interpretação conforme a Constituição* quando for possível identificar dentre as possíveis interpretações do texto normativo, ao menos uma que se coadune coma inteligência constitucional¹³³⁷. Esta solução, que

¹³³² Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 94 e ss, tal pode ocorrer, principalmente se o ato normativo repristinado, produzido em constituição anterior não tenha sido recepcionado pela Constituição vigente.

¹³³³ Conforme ADI 892 MC / RS - Relator: Min. Celso Mello; Julgamento: 27/10/1994 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹³³⁴ Assim tem entendido a doutrina brasileira: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 239. Já STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 440, afirmando o caráter “ambivalente” da Constituição, argumenta que a questão não atinge no direito comparado a pacificidade que muitos pretendem conceder à matéria.

¹³³⁵ Nesse sentido, representando posição doutrinária praticamente pacífica: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267; CUNHA Jr., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 270.

¹³³⁶ Assim dispõe o dispositivo legal: “Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.”

¹³³⁷ A *interpretação conforme* tem sido largamente utilizada pela Suprema Corte brasileira. Nesse sentido, a título de exemplo, citamos a ADI 1719, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento 18/06/2007; ADI 1348,

aplaudimos em razão de prestigiar a vontade do representante do povo, visa a evitar a retirada da norma do ordenamento jurídico, de forma que o STF estabelece o balizamento hermenêutico da norma, não permitindo outras interpretações que não aquelas permitidas. Tal medida poderá dar-se com ou sem redução de texto. A declaração de inconstitucionalidade, também, poderá dar-se no todo ou em parte, ou seja, todo o ato é considerado inconstitucional ou apenas partes dele.

Inúmeros são os aspectos geradores de controvérsias doutrinárias a respeito do tema, já que o sistema jurídico pátrio parece ainda buscar sua identidade na matéria. Todavia faz-se necessário que prossigamos em direção ao núcleo central do trabalho sendo que possíveis questões acessórias que cujo enfrentamento venha a ser necessário, faremos no decorrer das discussões. Passamos a tratar, então, de outra modalidade, em cuja sede também se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo primário.

6.5.2.3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

Mesmo sendo a regra da ordem constitucional a não-intervenção, em certos casos, devidamente expressos na Constituição, faz-se possível à intervenção. As ações diretas de inconstitucionalidade interventivas são assim denominadas porque consistem na intervenção federal em algum Estado, ou Estado em Município, caso haja descumprimento das exigências dos denominados princípios sensíveis¹³³⁸ estabelecidos no art. 34, VII, alíneas "a" até "e" da Carta Constitucional, e sua declaração gera efeitos políticos que consistem em autorizar o ato de intervenção¹³³⁹. Podem, então, ser federal ou estadual. A federal só pode ser proposta pelo Procurador-Geral da República e é de competência do Supremo Tribunal Federal. A estadual é proposta pelo Procurador de Justiça do Estado, competindo ao tribunais de justiça estaduais julgarem as mencionadas ações.

Rel. Min. Carmen Lúcia, Julgamento 21/02/2008; RE 636941, Rel. Min. Luiz Fux, Julgamento 21/02/2013. Mesmo em sede de Recurso extraordinário, a interpretação conforme também vem sendo utilizada como técnica para os julgamentos: RE-AgR 428635, Rel. Min Carlos Britto, Julgamento 22/02/2005; RE-AgR 423985, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 12/12/2006.

¹³³⁸ São eles: forma republicana de governo, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta, e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹³³⁹ Conforme RAMOS, Elival Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 83. O entendimento que o objeto da ação é amplo: lei ou ato normativo que viole princípios sensíveis, omissão ou incapacidade das autoridades locais para assegurar o cumprimento e preservação dos princípios sensíveis, ato governamental estadual que desrespeite os princípios sensíveis, ato administrativo que afronte os princípios sensíveis, ato concreto que viole princípios sensíveis.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva distingue-se da ação direta de inconstitucionalidade genérica por ter matéria a ser apreciada com elevado conteúdo político, sendo que a genérica, apesar de sua inequívoca natureza jurídico-política, apresenta menor densidade política do que a interventiva. Sob uma perspectiva objetivo-material, a interventiva se autonomiza por ter por objeto a apreciação da constitucionalidade unicamente de lei ou ato normativo estadual contrário aos princípios sensíveis da CF/88.

Todavia, apesar da repercussão gerada no âmbito do político, é importante perceber que esta ação tem finalidade dupla - tanto política, quanto jurídica -, pois objetiva não só a decretação da intervenção federal no Estado-membro (finalidade política), mas também a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica).

No âmbito federal, somente o STF pode apreciar esse tipo de ação, cujo legitimado exclusivo é o Procurador-Geral da República, o qual, devido ao princípio da independência funcional do Ministério Público, não está obrigado a ajuizá-la. Permanece, assim, a tradição inaugurada em 1965, na Emenda Constitucional nº 16, feita esta à Constituição de 1946. Todavia, o ato de intervir é privativo do Chefe do Executivo na eventualidade de que a declaração de inconstitucionalidade, com a consequente retirada do ordenamento jurídico da lei ou ato impugnado, venha a ser insuficiente para o restabelecimento da normalidade. Percebe-se, portanto, a ocorrência de dois momentos distintos nesta ação, sendo que a ocorrência do segundo só se exterioriza se o primeiro não for capaz de normalizar a situação.

De toda maneira, vale ressaltar que durante a vigência do Texto de 1988 jamais foi necessário passar da primeira fase (meramente judicial) para a segunda fase (decretação pelo Chefe do Poder Executivo), muito embora existam algumas ocorrências de pedido de intervenção.¹³⁴⁰

6.5.2.3.4 A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), não tendo sido criada pelo Poder Constituinte Originário, acabou por ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº3/93, inovando no controle de

¹³⁴⁰ São exemplos de processos para intervenção federal: IF 114 (07/02/91); IF 4.882 (08/04/2005); IF 114 (07/02/91), IF5.129 (05/10/2008); IF 5.179 (11/02/2010).

constitucionalidade brasileiro e aumentando suas possibilidades. Mesmo sendo objeto de grandes querelas doutrinárias, o fato é que os artigos 23 e 24 da Lei 9.868/99 consolidaram o caráter ambivalente também da ADC, de forma que possível improvimento desta ação caracteriza declaração de inconstitucionalidade do ato normativo *sub examem*.¹³⁴¹

A principal finalidade da ADC é fazer cessar a insegurança jurídica suscitada por ações de inconstitucionalidade ajuizadas contra determinada lei ou ato normativo *federal*.¹³⁴² Ou seja, tem por objetivo preservar a ordem jurídica constitucional, afastando a incerteza acerca da validade de uma lei. Para tanto, faz-se necessário que haja comprovada controvérsia judicial acerca do dispositivo legal.

Assim a ADC é uma modalidade de controle na qual o autor deverá atender a outra condição específica: demonstrar a existência de um dissídio jurisprudencial que conserve a constitucionalidade de ato normativo. Neste caso, faz-se imprescindível que no momento da proposição da ação, sob pena de inépcia do pedido, leve o autor ao conhecimento do STF decisões favoráveis à constitucionalidade da lei, bem como as desfavoráveis.¹³⁴³

Nesta modalidade de controle não há contraditório.¹³⁴⁴ As decisões definitivas de mérito prolatadas pelo STF, quer pela procedência, quer pela improcedência do pedido, têm efeito *ex tunc* e *erga omnes*, além de efeito vinculante relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário.¹³⁴⁵

¹³⁴¹ Entendendo ser a ADC uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra. (Coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p.78. Já STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 601, demonstra sua inconformidade com este entendimento exemplificando e filiando-se com a solução estabelecida em Portugal onde a decisão de improcedência das ações diretas de constitucionalidade assumem “tão somente uma feição de ‘não declaração de inconstitucionalidade’”. Na Suíça, neste sentido, assumem um “caráter puramente negativo.”.

¹³⁴² Neste sentido, MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242.

¹³⁴³ Ver ADC 1 / DF - Relator: Min. Moreira Alves - Julgamento: 01/12/1993 Órgão Julgador: Pleno.

¹³⁴⁴ Um dos motivos que levou a uma parte da doutrina considerar que a Emenda Constitucional nº 3 estava viciada em sua constitucionalidade foi a ausência de previsão de contraditório nesta modalidade de controle, caracterizando, assim, afronta ao princípio estatuído no inciso LV do art. 5º da Constituição (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos). O STF pronunciou-se a esse respeito afirmando que o contraditório se aplica aos processos subjetivos, e não aos objetivos, o que é o caso da ADC, que visa à tutela da ordem jurídica. Neste sentido, ADC 1 QO / DF - Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 27/10/1993. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. De qualquer forma, essa ausência minimiza-se pela condição específica de demonstração do dissídio pretoriano.

¹³⁴⁵ Em VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.284-285, recorda-se que a ADC já nasce com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Todavia tais características são estendidos para a ADI por intermédio do parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99.

Mesmo não havendo previsão constitucional de liminar em ADC, o que acabou por gerar grandes conflitos doutrinários,¹³⁴⁶ o STF já entendia que a liminar é cabível e não precisaria estar constitucionalmente prevista, posto que o poder geral de cautela é imanente à prestação jurisdicional. Posteriormente, porém, o art. 21 da Lei 9.868/99, regulando o tema, ordenou que se suspendessem todos os processos quando concedida liminar, o que, na prática, acaba por impedir que o juiz aplique a norma, ainda que a considere constitucional¹³⁴⁷.

Como qualquer ação declaratória, a ADC pressupõe uma incerteza. Não, porém, relativa a uma incerteza jurídica determinada, mas uma incerteza que eiva todo o ordenamento jurídico concernente à constitucionalidade de dispositivo normativo. À semelhança da ADI genérica, o órgão competente para processá-la e julgá-la é o STF. Recentemente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 determinou profunda modificação nos legitimados a propô-la. Anteriormente, entendida como era, como instrumento de governabilidade, apenas órgãos de governo (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República) estavam legitimados a propô-la. Com o advento da supracitada Emenda revogou-se o § 4º do art. 103 da Constituição de 1988 passando o *caput* e incisos do art. 103 a designar um rol único de legitimados tanto para a ADI como para a ADC.¹³⁴⁸

Não deixa de ser interessante observar que se por um lado a ampliação do rol de legitimados parece enfatizar a higidez do sistema, ampliando as perspectivas por que pode ser observado o ordenamento, já que o olhar dos diferentes atores tende

¹³⁴⁶ A fim de exemplificar o debate, conforme STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 597, afora o paradoxo de se declarar a constitucionalidade de uma lei em sede liminar, que deve ser presumida se “o texto constitucional não previu a possibilidade de concessão de liminar, interpretação que exsurge facilmente a *contrario sensu*, não poderia deixar o legislador ordinário ir além do texto”. Já MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 243, considera que sendo a presunção de constitucionalidade de ato emanado pelo poder público apenas relativa, a função da ADC é transformar essa presunção relativa em uma presunção absoluta.

¹³⁴⁷ Ver Rcl 935 / DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 28/04/2003. Órgão julgador: Pleno. Afirma o Relator: “(...) Os efeitos da decisão concessiva de cautelar, no processo de controle abstrato de normas, operam-se nos planos de eficácia e vigência da norma. A concessão de liminar acarreta necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvam aplicação da lei cuja vigência restou suspensa. 5. Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Eficácia erga omnes e efeito vinculante das decisões proferidas em processo de controle abstrato. 6. Aplicação de norma suspensa por órgão ordinário de jurisdição implica afronta à decisão desta Corte (...).”

¹³⁴⁸ São eles: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

a ser diferenciado, por outro lado, esta ampliação provoca em maior grau a jurisdição constitucional. Sob esse ângulo pode-se estar criando maiores óbices à manutenção da regra feita pelo agente democrático legiferante. Neste sentido, cabe lembrar que se a ampliação do rol atingiu os legitimados, por outro lado, a decisão permanece concentrada no STF, com as vantagens e desvantagens que isso representa. Mas este é um tema para o último Capítulo.

6.5.2.3.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou mais simplesmente a ADPF, será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá como objeto reparar¹³⁴⁹ lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Trata-se de um instrumento criado pela Carta de 1988, no art. 102 §1º, a fim de suprir lacunas do controle de constitucionalidade concentrado e para permitir que em determinados casos concretos a decisão se desse de forma a afastar não só a insegurança jurídica, mas também a chamada “indústria de liminares”. Não tendo sido considerada uma norma autoaplicável, foi esta modalidade regulada pela Lei nº 9.882/99, que viabilizou a sua utilização como meio de controle constitucional e deu maior delineamento da espécie, estabelecendo seus traços gerais.

A primeira grande e dificultosa questão (que, aos poucos, vai sendo superada) é a de delimitar o âmbito de extensão da expressão “preceitos fundamentais”. Mesmo que o STF não tenha definido com precisão o que entende por preceito fundamental¹³⁵⁰ e ainda que haja um consenso acerca da inexistência de

¹³⁴⁹ O *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99 afirma que o objeto da ADPF é “evitar ou reparar lesão...”. Todavia, tendo sido vetado o dispositivo legal que permitiria exercer um controle abstrato preventivo, somente perdurou a ideia de controlar repressivamente os atos do Poder Público violadores de preceitos fundamentais.

¹³⁵⁰ Naquela que é considerada a mais representativa posição do STF sobre o tema, assim se posicionou o Min. Gilmar Mendes, na ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04: (...) Ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de

hierarquia entre as normas constitucionais, a boa doutrina tem firmado posição no sentido de asseverar que tais preceitos são os de maior relevância, ou seja, princípios reitores e regras-mestras da organização político-social brasileira¹³⁵¹. Assim, vem sendo apontados como preceitos fundamentais, os seguintes: a) os Princípios Fundamentais da Constituição é possível citar as topologicamente situadas no art. 1º a 4º da CF ¹³⁵²; b) os Direitos e Garantias Individuais estabelecidos no art. 5º, que entendemos ser um rol não taxativo¹³⁵³, c) as cláusulas pétreas fixadas no art.60, §4º da Constituição Federal¹³⁵⁴ e também os princípios sensíveis do art. 34, VII.

Uma de suas principais características é a de estender o controle de normas como meio apto para exercer o controle repressivo de atos do poder público de efeitos concretos – sejam eles omissivos, comissivos, administrativos, legislativos ou jurisdicionais. Ressalte-se, porém, que à referida modalidade caberá controlar atos normativos dotados de abstratividade, generalidade, abrangidos neste rol os atos normativos primários e secundários, sejam eles federais, estaduais ou municipais, anteriores ou posteriores à Constituição¹³⁵⁵, que não possam ser objeto de ADI e ADC, conforme veremos a seguir.

Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmem densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

¹³⁵¹ Em TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 124 o autor informa que são preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, enquanto em VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, págs. 295-296, o autor assevera que “são princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira, sem olvidar que há preceitos fundamentais que deles decorrem, havendo necessidade, para descobri-los de ser feita uma inferência, um desenvolvimento por parte do intérprete.”

¹³⁵² Nesse sentido, VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.296.

¹³⁵³ Não só porque o STF, em emblemática ADI (nº 939-7/DF, relatada pelo Min. Sydney Sanches em 15/12/1993), já decidiu que pode haver direitos fundamentais espalhados por todo o texto constitucional, e não apenas nos limites do art. 5º, como o §3º do referido artigo (recentemente introduzido pela Emenda Constitucional nº45/2005) tratou de explicitar, agora de forma expressa e inequívoca, que o rol de direitos fundamentais pode ser ampliado com base em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

¹³⁵⁴ Na linha de VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.296, que ainda acrescenta os princípios do art. 37, que regem a Administração Pública.

¹³⁵⁴ Na linha de VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.296, que ainda acrescenta os princípios do art. 37, que regem a Administração Pública.

¹³⁵⁵ Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

A novidade que determina grande utilidade para esta ação está insculpida no §1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99, e nos aponta para a utilização do Princípio da Subsidiariedade: somente será admitida a ADPF quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Por isso, que nas situações em que se possa utilizar ADI ou ADC, por exemplo, vedada está a possibilidade de exercer controle de constitucionalidade por via de ADPF¹³⁵⁶.

Com isso, ainda que não tenha sido expressamente admitidas pela lei, infere-se desta duas modalidades de ADPF: a primeira, abstrata, assemelhando-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade ou à Ação Direta de Constitucionalidade naquelas hipóteses em que outros mecanismos do controle abstrato não podem ser usados, o que a caracteriza, neste caso, um processo objetivo desvinculado do caso concreto. Podemos citar à guisa de exemplo, que é o que ocorrerá na eventualidade de se objetivar a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal ou a declaração de constitucionalidade de lei estadual. Já no que diz respeito à segunda modalidade, poder-se-ia dizer se tratar de controle incidental, não se caracterizando, nem como controle abstrato, nem como controle concreto.

Na verdade, apesar de originar-se no caso concreto, possui dimensão abstrata e, por isso, eficácia *erga omnes*. Este entendimento vem sendo o adotado pela doutrina, ainda que sem fundamento, em uma regra específica do Ato Normativo sob enfoque, mas em direção à inteligência da própria Lei que em alguns dispositivos assistematicamente espalhados (art. 5º, §3º combinado com §1º do art.6º)¹³⁵⁷, permitem que se possa inferir a existência dessa ADPF incidental. Porém, somente os legitimados previstos no art. 103 da Carta de 1988, e não as partes de processos em que se discute caso concreto, podem propor a ADPF, pois o que se objetiva não é sanar a lesividade a preceito fundamental naquele processo, mas sim se há algum remédio para sanar lesividade à ordem jurídica, que apenas foi evidenciada pelo

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000) (...)

¹³⁵⁶ Porém, o grau de subsidiariedade ainda não é ponto sedimentado no STF. Conforme STF –ADPF-QO3. Rel. Carlos Britto. Julgamento 25/03/2009, não será admitida a ADPF, havendo outro meio para impugnar o ato, de forma ampla, geral e imediata. Para a corrente ampliadora, essa cláusula de subsidiariedade, prevista no parágrafo 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 compreende a ineficácia de quaisquer dos mecanismos processuais existentes no ordenamento jurídico. Porém, para a corrente restritiva, a cláusula de subsidiariedade compreende apenas a ineficácia das ações do controle concentrado (ADI e ADC) é o que se depreende da ADPF 114/Pl. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julg. 21/06/2007.

¹³⁵⁷ Observe-se que o §1º do art. 6º da Lei 9.882/99 prevê a possibilidade de que o relator ouça as partes nos processos.

resultado daquele processo, evitando assim, não só a injustiça, mas também a insegurança jurídica.

De qualquer forma, algumas outras questões laterais vêm sendo enfrentadas pelo STF e pela doutrina com o propósito de estabelecer com maior precisão o balizamento da ADPF, que como modalidade razoavelmente nova no rol de controle utilizado no Brasil, vêm despertando muitas controvérsias, mas que não apresentam maior relevância para o proposta deste trabalho.

Por isso, entendemos que as sedes de controle de constitucionalidade onde se faz possível discutir a proposta deste trabalho estão nestas três modalidades (ADI genérica, ADC e ADPF). Traçaremos, entretanto, um sintético quadro das duas modalidades restantes para explicar o porquê não se enquadram as demais.

6.5.2.3.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

Não é apenas a ação do Estado legislador que pode ofender a Constituição¹³⁵⁸. A omissão, em sentido jurídico-constitucional, consiste em não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. Assim, ao contrário do que ocorre com a inconstitucionalidade por ação, que se dá com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, principalmente as denominadas normas constitucionais de eficácia limitada ou ainda as normas programáticas. É bem verdade que no que se refere a normas constitucionais que apontem para a necessidade de providências legislativas no âmbito dos direitos sociais, o processo de concretização constitucional sofre grande descaso¹³⁵⁹, principalmente no que se refere às chamadas normas programáticas¹³⁶⁰.

¹³⁵⁸ Conforme CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 51 "a inércia do Poder Público e o silêncio do legislador igualmente podem conduzir a uma modalidade específica de ilegitimidade, definida pelo direito contemporâneo, como inconstitucionalidade por omissão".

¹³⁵⁹ Neste sentido POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.210.

¹³⁵⁹ Segundo LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, p.222 assevera que um dos motivos do desprestígio constitucional está no fato de que, mesmo nos Estados com tradição

São legitimados a propor esta ação de inconstitucionalidade aqueles igualmente legitimados para a ADI genérica e que estão discriminados no art. 103, incisos I a IX do Texto Constitucional, não sendo, porém, obrigatória a oitiva do Advogado-Geral da União, já que inexistente ato impugnado a ser defendido. Porém, a manifestação do Ministério Público é imprescindível.

(A Constituição de 1988 prevê dois casos onde cabem a utilização dessa via judicial: aa) quando o relapso é algum órgão público administrativo; b) quando o relapso é o Poder Legislativo. No primeiro caso, o órgão administrativo é comunicado pelo STF de que tem trinta dias para tomar as providências necessárias. No segundo, a sentença prolatada não tem efeito mandamental, apenas declaratório. Como se vê, a inconstitucionalidade por omissão refere-se tão somente à omissão normativa e não à omissão de atos materiais. O Poder Legislativo é cientificado de que deve legislar sobre a matéria objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, mas não é obrigado a isso, dado o princípio da separação dos poderes na estrutura republicana.

No entanto, tem sido admitida a ineficácia desse instrumento para resolver os casos de omissões inconstitucionais. Havendo o entendimento de que a sentença proferida em sede de ADI por omissão, tem caráter meramente mandamental, constituindo em mora o poder competente que deveria elaborar a lei e não fez, não há possibilidade de se estabelecer qualquer sanção a possível descumprimento, quando a norma faltante é da competência de um dos poderes da República, mais precisamente do Poder Legislativo. Tratar-se-ia de comando a outro “poder” de igual estatura político-hierárquica, o que se sabe é motivo de permanente tensão entre Legislativo e Judiciário¹³⁶¹. Nesse caso, o sistema vem obtendo maior eficácia por intermédio de outro instrumento originário da Constituição de 1988, o mandado de injunção.

normativa, os detentores do poder já não observam a Constituição de forma tão escrupulosa como antes, sendo que na opinião do referido autor as normas programáticas contribuem sobremaneira para esta desvalorização, uma vez que passaram a ser vistas por muitos como meros avisos, lembretes desprovidos de qualidade jurídica.

¹³⁶¹ Nesse sentido, já tendo havido rugas em caso recente em razão da comunicação por parte do STF com pedido de esclarecimento por parte da Câmara dos Deputados, o Min. Presidente do STF em 2008 enviou ofício n. 346/GP ao presidente da Câmara dos Deputados e esclareceu: “não se trata de impor prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI ns. 2.240, 3.326, 3.489, 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando a realidade desses municípios”.

Trata-se instituto novel, criado pelo constituinte originário de 1988, como instrumento processual constitucional apto a proporcionar o exercício de prerrogativas, direitos e liberdades de cunho constitucional inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania quando inviabilizado por falta de norma regulamentadora. (art. 5º, inc. LXXI do Texto Constitucional). Conforme preceitua o art. 102, I, “q” da Constituição Federal) é da competência do Supremo Tribunal Federal a análise do mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Sobre o mesmo, predominou por muitos anos no âmbito da Suprema Corte, a denominada teoria não-concretista, que, na lógica da ADI por Omissão, com o propósito de não violar a separação de poderes, admitia que ao Poder Judiciário coubesse tão somente reconhecer formalmente da inércia legislativa. Assim, a providência cabível seria tão somente a de comunicar tal fato ao órgão competente, para que o mesmo elaborasse a norma regulamentadora necessária ao exercício do direito constitucional inviabilizado.

Porém, a evolução pela via jurisprudencial delineou novos contornos ao remédio, fazendo com que o STF, dependendo do caso concreto analisado, viesse a utilizar uma de duas teorias: a teoria concretista geral, que preconiza que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário o suprimento da lacuna¹³⁶²; e a teoria concretista individual, segundo a qual, diante da lacuna, o Poder Judiciário deve criar a regulamentação para o caso específico¹³⁶³. Segundo este entendimento. Na primeira solução todos os interessados poderiam fazer uso do direito, já que a eficácia do MI *erga omnes*: já no segundo caso a decisão viabiliza o exercício do direito somente pelo impetrado, vez que a decisão teria efeitos *inter partes*.

Embora o STF venha sendo acusado de avançar nas competências do Poder Legislativo, é claríssimo o dispositivo (art. 5º, LXXI) que concede a ele o poder de colmatar a lacunas quando a falta da norma regulamentadora inviabiliza direito constitucionalmente garantido, mas que por falta do mencionado, o detentor do direito se veja impedido de exercê-lo. Aqui, se for o caso de ativismo judicial, é o mesmo inequivocamente referendado pelo texto constitucional.

¹³⁶² Foi essa a solução admitida nos MIs 670, 708 e 712.

¹³⁶³ Foi essa a solução admitida no MI 721.

6.6 O acirramento dos processos de controle no quadro contemporâneo

Como se viu, o processo de fiscalização da constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 vem sofrendo um imenso incremento. E há vários motivos para isso. O primeiro, bastante óbvio, é a própria estrutura analítica da Carta, que sendo superabrangente, tangencia praticamente todos os temas passíveis de regulação. É difícil imaginar uma temática que de forma mais ou menos próxima não possa estar sob a sombra projetada pelo (grande) guarda-chuva constitucional.

Um segundo motivo, que deve ser tomado em grande importância, diz respeito à recepção de uma novas teorizações nos campos da filosofia e da teoria jurídicas que começam a ser (bem) recepcionadas pelos juristas brasileiros na última década do Século passado. Retornando em parte a temas abordados nos Capítulos I e II, pode-se dizer que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, percebidas em suas perspectivas mais genéricas, adentraram de forma mais profunda, a ponto de conseguirem em um curto espaço de tempo virem a exercer um papel de protagonismo na cena jurídica brasileira. O primeiro, por meio das linhas dworkinianas, mais especificamente no que se refere à assunção das teorias de reconhecimento do caráter normativo dos princípios. Um segundo, em momento quase simultâneo, a percepção da centralidade constitucional como uma ordem de valores fundamentais e de filtragem axiológica de todas as normas do sistema jurídico.

Ora, as duas teorizações revolucionam o “olhar jurídico”, no sentido de, não apenas dar início ao processo de superação das linhas positivistas, mas principalmente no sentido de criar mecanismos que pudessem conceder sustentação prática às novas ideias. Não parece ser outra a razão pela qual se fez intensivo o processo de transformação por que passou o sistema de controle de constitucionalidade no decorrer desse quartel de século vivenciado sob a orientação da Carta de 1988. De um lado uma constituição com enormes potenciais hermenêuticos, dada a sua riqueza conteudística; de outro, um manancial teórico que entende que essas normas têm textura principiológica aberta e que devem reger a lógica do sistema.

A esta conjuntura acima apontada, adicione-se o fato de ser o caráter global e pluricultural do mundo contemporâneo fortemente incentivado, o que faz com que os próprios conteúdos normativos devam adequar-se permanentemente à volatilidade típica das inevitáveis mudanças das sociedades modernas. A esta

conjuntura típica da chamada hipermodernidade, a reconstrução de um arsenal instrumental que faça frente a tais desafios tornou-se inevitável.

Assim, em um curto espaço de tempo, vimos o constituinte originário potencializar a possibilidade de provocação pela via concentrada, estabelecendo tanto o aumento de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, como instituindo um tipo de ação inédita no sistema de controle brasileiro (sob influência da Carta portuguesa de 1976), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mesmo um novo remédio constitucional, o mandado de injunção. Posteriormente, por intervenção do constituinte derivado e do legislador, surgem novos tipos de ações (a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental), novos institutos (a súmula vinculante, a repercussão geral), e mesmo novas técnicas de origem jurisprudencial (interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, entre tantas outras), que tornam a prática do controle de constitucionalidade uma realidade perene e comezinha no ambiente jurídico brasileiro.

O problema de maior repercussão em um contexto sócio/político/jurídico de alta complexidade como o que se está analisando pode ser identificado ao se tentar responder a seguinte questão: que força política deve assumir o protagonismo sobre o arsenal teórico-instrumental a ser criado para definir o conteúdo de regras que governarão a vida social em um quadro social democrático? Como vimos, todo o mecanismo de controle acima descrito mostra que este vem sendo construído para ser manuseado predominantemente pelas instituições judiciais, o que faz com que atravesse à nossa frente, novamente, o problema da legitimação dos juízos de constitucionalidade emanados pela Corte Constitucional e a sua relação com a democracia. É o nosso próximo tema.

CAPÍTULO 7: Jurisdição Constitucional e Princípio Majoritário em uma perspectiva democrática

A jurisdição constitucional é a expressão que designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, compreendendo o poder exercido por juízes e tribunais.¹³⁶⁴ No uso deste poder, cabe-lhes, então, as seguintes tarefas: aplicar a Constituição, exercitar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e interpretar o ordenamento infraconstitucional em conformidade com a Constituição.¹³⁶⁵ A jurisdição vai sendo cada vez mais reconhecida como instrumento típico para exercício do controle das normas no Estado Constitucional de Direito, cuja gênese podemos localizar na Europa continental, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, tomando parte do espaço ocupado pelo modelo que Ferrajoli denomina como Estado Legislativo de Direito¹³⁶⁶.

No Capítulo anterior procuramos dar destaque ao fato de que o Brasil vem experimentando, principalmente nos últimos 25 anos, uma densificação contundente de seu sistema de fiscalização (judicial) de normas subconstitucionais pelo parâmetro constitucional. Trata-se, portanto de um processo extemporâneo ao fenômeno europeu, que inspirou sua forma paradigmática e cuja gênese teria ocorrido ao menos 40 anos antes do fenômeno aportar em terras brasileiras. Porém, embora com um sistema limitado ao controle difuso, não deixa de ser interessante observar que bem antes do fenômeno ter eclodido, aliás antes mesmo que se inaugurasse o controle de constitucionalidade concentrado, por meio da ação direta de constitucionalidade pela via ordinária no país já havia quem já vislumbresse o fenômeno.¹³⁶⁷

¹³⁶⁴ Em AMSELEK, Paul. *La phénoménologie et le droit*. In: *L'interprétation dans le droit: Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, nº 17, 1972, pág. 203, já destaca que este poder de juízes e tribunais, mas sobretudo nas cortes supremas o poder dos juízes não é o de aplicar as normas mas de criar o direito. Segundo MALBERG, Raymond Carré. *La loi, expression. De la volonté générale*. Paris: Economica, 1984, pág. 109 e 221, quando identifica que as leis ordinárias já não são nos Estados Unidos obra do povo, mas criação da Legislatura.

¹³⁶⁵ Nos termos estabelecidos por BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 365.

¹³⁶⁶ Em FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs.14-17, é uma denominação mais explícita e que pode ser considerada uma espécie do gênero Estado de Direito, do qual podemos considerar o Estado Constitucional é outra espécie.

¹³⁶⁷ Nessa linha, CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Editora Nacional do Direito, 1956, pág. 97, quando afirma que os principais legisladores do país são os juízes, porque constituem o último assento da autoridade. Também CAPELLETTI, Mauro. *O controle de Constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, v.3, pág.38, quando afirma que em sede jurisdicional a criação do chamado direito judicial é praticamente ilimitada.

Porém, é mais provável apostar que a ocorrência tenha se dado *a posteriori*, o que nos leva afirmar que vivenciamos um típico Estado Constitucional de Direito tardio, relembrando que no Capítulo 6 identificou-se como razões imediatas para ocorrência do fenômeno, não apenas a analítica estrutura da Carta de 1988 - cuja amplíssima extensão conteudística gera extensas possibilidades de sobreposição material – mas também, a recepção de novas teorizações nos campos da filosofia e da teoria jurídicas, mais especificamente o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, cujas formulações estão na base do Estado Constitucional de Direito.

Como tivemos a oportunidade de ver de forma aprofundada no Capítulo 2, todas técnicas deste (neo)constitucionalismo corroboram para essa postura pró-jurisdição. As constituições, como unidades materiais que determinam as ordens de valores vinculantes a todos, inclusive e imediatamente aos legisladores, retira deste a liberdade de emitirem livremente comandos, já que os mesmos ao se submeterem à inteligência do texto constitucional, acabam por se submeter também à leitura que deles faz os intérpretes oficiais, mais propriamente as cortes constitucionais.

Nesta linha, observa-se que a Jurisdição Constitucional tende a arrogar para si a responsabilidade pelo controle sobre as normas que devem reger um sistema jurídico. Ora, assim acaba por conceder ao órgão fiscalizador maiores poderes sobre a escolha das regras que subordinarão os indivíduos/cidadãos de uma determinada comunidade política na medida proporcional em promove o adensamento das práticas de controle.

Um sério problema, então, para um modelo que sempre se assumiu como herdeiro das concepções de Montesquieu, como é o caso brasileiro, é que o espessamento do controle de constitucionalidade (como decorrência desta ampliação da jurisdição constitucional) mostra-se paradoxal com o equilíbrio entre poderes e com o princípio democrático. Embora tendamos a apoiar a posição habermasiana quando afirma a complementariedade entre direitos fundamentais e democracia¹³⁶⁸, nos termos analisados no Capítulo 5, a tensão entre constitucionalismo, como teoria a enfatizar a proteção de direitos (principalmente das minorias e dos grupos vulneráveis)¹³⁶⁹, e democracia (ao menos na versão que enfatiza a proteção à

¹³⁶⁸ Também explícito em OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, v. I, pág. 424, quando afirma que a democracia postula os direitos humanos, tal como os direitos humanos postulam a democracia.

¹³⁶⁹ Nesta via, a posição defendida em MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: A.A.V.V. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995,

vontade majoritária, por meio da regra da maioria, expressa na lei)¹³⁷⁰ pode ser melhor estudada a partir da maneira como cada Estado controla a constitucionalidade de suas normas.¹³⁷¹

Porém, vale a pena deixar claro, desde já, que um retorno a um estágio anterior, que abdicasse do modelo de jurisdição constitucional pelos Estados que dela se utilizam, por inúmeros motivos não parece ser uma opção no mundo contemporâneo, no qual o legislador parlamentar não mais parece estar apto a exercer isoladamente os papéis a ele outrora conferidos, por motivos que enfrentaremos um pouco mais adiante. No Estado Constitucional de Direito, o legislador perde sua onipotência, sendo que a política se submete ao próprio direito¹³⁷². Em quadro assim descrito, o que se propõe é a busca pelos limites da jurisdição no processo de determinação das normas de um sistema, bem como a dimensão do papel (de poder) exercido pelo juiz. Esse tema traz à tona a necessidade de se enfrentar dois conceitos correlatos, mas autônomos entre si e que estão no cerne da discussão sobre a legitimidade dos juízos de constitucionalidade proferidos pelo STF, ou seja, a judicialização da política e o ativismo judicial.

7.1 A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial: o elo fraco do Estado Constitucional de Direito

O papel central da Constituição e todo o corpo de teorias, institutos, instrumentos, mecanismo que estão sendo criados exatamente para garantir essa centralidade, embora com virtudes, vem suscitando alguns problemas delicados de limites. Tratam-se dos limites ou da ausência deles, na esfera de atuação do Poder Judiciário, principalmente no que se refere ao Supremo tribunal Federal. Essas questões vêm sendo debatidas no mundo jurídico-político por meio de dois fenômenos

págs. 177-198, quando lembra que a legitimidade da jurisdição não advém do voto, mas é conferida pela própria constituição. A assertiva vale tanto para o caso português quanto para o caso brasileiro.

¹³⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça - Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23. Não deixa de ser interessante o fato de obras genéricas clássicas como DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. UNB, 2009 e CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia*. Porto Alegre: Artmed, 2009, nada tratarem sobre o tema da invasão. Aliás no caso de Robert Dahl, mesmo em suas mais recentes entrevistas não enfrenta a temática.

¹³⁷¹ Por esse motivo, concedemos, em momento anterior (Capítulo 6), especial destaque ao modelo francês de controle de constitucionalidade, já que o mesmo, fugindo aos tradicionais modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade representa o mais óbvio exemplo de uma concepção democrática de controle (embora esteja se rendendo em parte ao modelo jurisdicional de controle), em oposição a um tipo de controle realizado, de forma contundente, por juízes.

¹³⁷² Conforme afirma FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madri: Trotta, 2008, pág. 210. Conforme MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Nova Jersey: Princeton University, 1999, págs 4 -5, trata-se do the paradox of constitutional democracy.

próximos, cuja proximidade os torna alvo de críticas com argumentos que também vão na mesma direção. São eles a judiciacalização da política e o ativismo judicial.

Por “judicialização” devemos entender que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário. Trata-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das tradicionais instâncias políticas (Poder Legislativo e Poder Executivo), reconfigurando de uma forma contundente a maneira como os sistemas jurídicos filiados às tradições romano-germânicas organizam e aplicam o direito.¹³⁷³ Assim, a judicialização da política acaba por representar o fenômeno de expansão da esfera de atuação jurisdicional decorrente da transferência decisória de poderes pelos órgãos clássicos jurídicos ao Judiciário.¹³⁷⁴

Duas formas caracterizam de forma incisiva a judicialização da política: o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos pelo Judiciário e a ampliação de procedimentos judiciais nas instâncias administrativas do poder público. Por isso, a expressão “judicialização da política” (comparável a outras expressões tais como governo dos juízes, ativismo jurisdicional, protagonismo judicial, tentação redentora de justiça)¹³⁷⁵, foi usada pela primeira vez nos Estados Unidos, descrevendo a expansão global do Poder Judiciário¹³⁷⁶ e fortalecendo uma cultura de direitos na qual os indivíduos/cidadãos passam a dirigir suas reivindicações diretamente aos tribunais, como decorrência também da crise de representação política.¹³⁷⁷

Nesse sentido, quando referenciamos, principalmente nos Capítulos 1 e 2, que o novo constitucionalismo do Pós-Guerra - que temos convencionalmente denominado por neoconstitucionalismo - possuiria um instrumental teórico, não apenas compatível com uma tradição jurídica brasileira, mas também com maior

¹³⁷³ Nesta via, seguindo a linha estabelecida em BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 365.

¹³⁷⁴ Em OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, pág. 409, como bem salienta o autor, em Portugal a própria Constituição portuguesa afirma que os Tribunais, conforme o art. 202º, administram a justiça, não em nome próprio, mas em nome do povo, tornando-se seus representantes.

¹³⁷⁵ Para os críticos, todas essas denominações associadas a uma conotação pejorativa ou irônica, conforme faz entender GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pág. 54.

¹³⁷⁶ Conforme TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Eds.) *The Global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York, University Press, 1997, pág. 13, que se utilizaram pela primeira vez da expressão (*judicialization of politics*).

¹³⁷⁷ Conforme BOLZAN, José Luis de Moraes; AGRA, Walber de Moura. *A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, nº2, 2004, págs 217-242.

capacidade de conceder soluções para um mundo que exige interconexão entre as diversas dimensões da realidade, referíamos-nos à fluidez transversal que mantém entre si direito, política, justiça, economia, etc. Cabe lembrar, retomando argumento desenvolvido no Capítulo 1, que a multidimensionalidade dinâmica e dialética do direito é pressuposto fundamental para cumprir objetivos de ordem e justiça por que clamam as complexas sociedades contemporâneas.¹³⁷⁸ No caso em tela, a posição concedida ao direito é de protagonismo.

Em um contexto como este, o Brasil não é uma exceção. Não são poucos os casos em que o Supremo Tribunal Federal tem interferido em questões políticas, sociais ou morais relevantes e que produziram grande repercussão social. À guisa de exemplo, é possível citar alguns dos mais relevantes apenas nos últimos anos: instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência¹³⁷⁹; criação do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito da Reforma do Poder Judiciário¹³⁸⁰; pesquisa com células-tronco embrionárias;¹³⁸¹ liberdade de expressão e racismo;¹³⁸² interrupção da gestação de fetos anencefálicos¹³⁸³; restrição do uso de algemas¹³⁸⁴; demarcação da reserva Raposa Serra do Sol¹³⁸⁵; legitimidade das ações afirmativas e quotas sociais¹³⁸⁶; vedação ao nepotismo¹³⁸⁷; não recepção da Lei de Imprensa¹³⁸⁸;

¹³⁷⁸ Mostrando que essa faceta da judicialização das demais esferas da vida é um fenômeno de ocorrência mundial, seguindo BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 367, é possível apontar exemplos emblemáticos dessa intervenção da jurisdição em temas políticos: decisão da Suprema Corte do Canadá sobre a constitucionalidade dos Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense; decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que decidiu a eleição de 2000, entre George Bush e Al Gore; decisão da Suprema Corte de Israel sobre a compatibilidade com a Constituição israelense e com os atos internacionais, de construção de um muro na fronteira com o território palestino; decisões da Suprema Corte turca no sentido de preservar a laicidade do Estado turco contra o avanço do fundamentalismo islâmico; decisão da Corte Constitucional húngara sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade; decisão da Corte Constitucional sul-coreana restituindo mandato de presidente destituído pela via do *impeachment*. Porém, a Corte Constitucional colombiana, muito citada por constitucionalistas do mundo inteiro, invadiu esferas consideradas típicas da política em temas como: luta contra a corrupção; contenção do abuso de autoridade governamentais, principalmente em relação à declaração de estados de emergência ou de exceção; proteção das minorias, mas também autonomia individual; interferência nas políticas econômicas.

¹³⁷⁹ ADI3105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18/02/2005.

¹³⁸⁰ ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 17.03.06.

¹³⁸¹ ADI3510/DF, Relator Ministro Ayres Brito, DJ. 28.5.2010.

¹³⁸² HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004

¹³⁸³ ADPF 54 QO / DF - DISTRITO FEDERAL QUESTÃO DE ORDEM NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 27/04/2005

¹³⁸⁴ HC 91952, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008

¹³⁸⁵ Pet 3388 Relator(a): CARLOS BRITTO. Julgamento: 03/04/2009. Publicação: DJe-071 DIVULG 16/04/2009.

¹³⁸⁶ ADPF 3.330/DF Relator(a): CARLOS BRITTO. Julgamento: 10/06/2008. Publicação: 20/06/2008.

¹³⁸⁷ ADC 12/DF- Relator(a): CARLOS BRITTO. Julgamento: 20/08/2008. Publicação:118/12/2009 e Súmula Vinculante nº 13.

¹³⁸⁸ ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Publicação em 6-11-2009.

reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo¹³⁸⁹, entre outros de grande repercussão para a sociedade civil, em geral¹³⁹⁰.

Nessa linha, embora a judicialização da política seja considerada, por alguns grupos de pensamento uma ameaça aos elementos fundamentais da democracia, tais como representatividade majoritária e mobilização política pelas vias eletivas, a expansão das instâncias e competências judiciais tem sido muito mais abrangente nos regimes democráticos.¹³⁹¹

O motivo para uma contra argumentação desta monta é que a preponderância de instituições democráticas propiciaria a atuação livre e autônoma, o que permite a ampliação das competências judiciárias relacionadas ao controle de constitucionalidade das normas. Aliás, no caso brasileiro o conflito entre representatividade democrática e judicialização da política é fato novo, e que não tem precedente na história do Brasil. A hipossuficiência do Poder Legislativo no decorrer da história está mais vinculado ao fato de ter estado o país sob o domínio de regimes autoritários ou mesma permeabilidade das demandas dos grupos minoritários¹³⁹² do que qualquer tipo de luta de espaço entre Legislativo e Judiciário.¹³⁹³

Mesmo hoje, alguns dos grupos representativos da sociedade, inclusive partidos políticos estão entre os que procuram pelo STF, a fim de fazer uso de suas situações de legitimados para a ADI. De ressaltar ainda, que foi a própria Constituição de 1988, acusada constantemente de promover a judicialização quem abriu portas a estes entes, legitimando-os a estarem para estarem aptos a provocar não só da ação direta de inconstitucionalidade, mas todas as demais ações do controle concentrado

7.1.1 O Ativismo Judicial

O Ativismo judicial, entendido como uma postura incorporada pelos juízes, que passam a participar da elaboração de políticas, cuja competência seria de outras instituições, é uma expressão criada nos Estados Unidos como forma de

¹³⁸⁹ **ADPF 132**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 05-05-20011. Publicação do em 14-05-2011.

¹³⁹⁰ Extradicação do militante italiano Cesare Battisti, importação de pneus usados, proibição do uso do amianto, doação de campanha política, etc.

¹³⁹¹ É o que afirma LOPES JR. Eduardo Monteiro. *A judicialização no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007, pag. 38, quando acrescenta que as razões disso estão presentes no caráter ampliado da cidadania atual e na profusão de competências do Estado democrático contemporâneo.

¹³⁹² Nessa linha, na esteira do que LOPES JR. Eduardo Monteiro. *A judicialização no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007, pag. 40, afirma,

¹³⁹³ LOPES JR. Eduardo Monteiro. *A judicialização no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007, pag. 39

denominar a forma de atuação da Corte americana, no período em que foi presidida por Earl Warren entre 1954 e 1969.¹³⁹⁴ A marca deste período foi a produção de uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem que houvesse tido qualquer interferência do Congresso ou mesmo iniciativa normativa presidencial. Porém, o ativismo judicial não é um termo que possa ser unicamente vinculada à ideia de progressismo. Há também quem o associe um tipo de ativismo conservador e até mesmo agressivamente conservador¹³⁹⁵, embora seja crescente o número de doutrinadores que entendem que não ser possível essa divisão, pois o árbitro presente na conduta ativista o carregaria sempre para uma posição a ser repudiada.¹³⁹⁶

Foi mas precisamente aí, neste momento, que o termo ativismo ganhou uma conotação negativa, vinculando-o a uma atuação deslocada da atividade judicial¹³⁹⁷. De qualquer forma, houve no decorrer da história americana muitos períodos caracterizados por forte ativismo (no sentido genérico de atuação fora dos parâmetros institucionalmente a ele deferido) a ele, algumas vezes identificado com posições progressistas, outras com posições conservadoras.

Assim, a ideia de ativismo vincula-se mais propriamente ao distanciamento dos juízes e tribunais da função que lhe é típica, ou seja, aquela tradicional de aplicação do direito vigente, para uma outra, relacionada a uma atividade proativa de criação jurídica. Portanto, o ativismo judicial caracteriza uma atuação rebelde de tribunais e juízes que os distancia das balizas jurisdicionais pré-estabelecidas para o exercício do poder a eles conferidos pela Constituição. Nessa linha, é possível que o protagonismo exercido pelos tribunais possa ter uma boa avaliação se suas atividades não recaírem em juízos subjetivos (para alguns, arbitrários) no processo de ponderação dos valores, evitando colocar em risco os

¹³⁹⁴ Também o ativismo judicial, pode ter outras expressões com que se manifesta no mundo: governo dos juízes, criativismo judicial, jurisprudência legislativa, direito judicial, juristocracia. Em URBANO, Maria Benedita. *“Criação Judicial” e Activismo Judicial”: as duas faces de uma mesma função?* In Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição. Volume II. Coimbra: Coimbra, 2012, pág. 7.

¹³⁹⁵ Conforme afirmado em CHEMERINSK, Erwin. *Perspectiva on Justice: and federal law got narrower, narrower*. Los Angeles Times, 18 de maio, 2000, quando denominou o ativismo judicial praticado pela Corte como agressivo e conservador. Houve nos Estados Unidos fases em que a Suprema Corte se comportou de forma fortemente conservadora. Conforme NEWTON, Jim, *Justice for all. Earl Warren and the Nation he made*. Nova York: Riverhead, pág. 405.

¹³⁹⁶ Conforme NERY, Néelson; ABOUD, Georges. *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça pode ser medida pela vontade de alguém*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora Podium, 2013, pág. 528, afirma que não há ativismo bom e ativismo ruim, sendo que representa ele na verdade personalismo subjetivista do intérprete em detrimento da ordem legal.

¹³⁹⁷ Segundo RAMOS, Glauco Gumerato. *Poderes do Juiz Ativismo (=autoritarismo) ou garantismo (=liberdade) no projeto do novo CPC*. In: ROSSI, Fernando; GUEDES, Jéfferson Carús, DELFINO, Lúcio (Coords.) *O futuro do processo no Brasil. – Uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pág. 35, juiz ativista é juiz político e juiz político ontologicamente não é juiz.

alicerces da democracia constitucional¹³⁹⁸, a saber: os direitos fundamentais, a o regime democrático fundado na soberania popular.¹³⁹⁹ Essa é uma questão fundamental para a busca da legitimidade de suas decisões e voltaremos ao tema pela via habermasiana, nas linhas estabelecidas pelo Capítulo 5.

Porém o termo apresenta imprecisão e pode ser observada sob vários prismas. William Marshall fez um bom inventário dos possíveis tipos que podem assumir a expressão, que passamos a apresentar de forma bastante sintética: a) ativismo contramajoritário ocorre quando os tribunais relutam em aceitar as decisões tomadas por órgãos eleitos democraticamente; b) ativismo não-originalista ocorre quando os tribunais negam seguir concepções mais estritas do texto, ou mesmo desconsiderar a posição dos autores da Constituição (para alguns “*founding fathers*”); c) ativismo de precedentes ocorre quando os tribunais negam-se a seguir precedentes anteriormente solidificados; d) ativismo jurisdicional ocorre quando os tribunais desconsideram competências formais estabelecidas para sua atuação, indo além do que estaria estabelecido e) ativismo criativo ocorre quando os tribunais criam novos direitos ou teorizações a partir da doutrina constitucional; f) ativismo remediador ocorre quando os tribunais utilizam-se de seus poderes para impor obrigações positivas aos outros poderes; g) ativismo “partisan” ocorre quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.¹⁴⁰⁰

Porém, embora tenhamos dado maior destaque até aqui ao ativismo americano, já que ali se encontraria a gênese e uma parte frutífera do debate, não se deve deixar de citar o caso alemão, dada sua influência no sistema de tradição romano-germânico. Como se sabe, é possível relacionar a crise do positivismo na Alemanha com as marcas deixadas pela instauração do regime totalitário nazista. A identificação de uma postura ativista decorre de alguns fatores combinados: promulgação da Lei Fundamental de Bonn, ascensão da jurisprudência dos valores, assunção de um papel estratégico conferido ao Tribunal Constitucional Federal.¹⁴⁰¹

¹³⁹⁸ Neste sentido, Maria Benedita. “*Criação Judicial*” e *Activismo Judicial*”: as duas faces de uma mesma função? In Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição. Volume II. Coimbra: Coimbra, 2012, pág. 8, quando afirma que nem toda criação judicial é ativista, já que dependendo do grau de intervenção a decisão pode ser considerado não questionável.

¹³⁹⁹ Conforme CITTADINO, Giselle. *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano II, nº 2, ano III, nº3, 2001-2002, pág. 144.

¹⁴⁰⁰ Em MARSHALL, William P. *Conservatism and the seven Signs of Judicial Activism*. University of Colorado Law Review. Chapel Hill, nº 73, págs. 101-140.

¹⁴⁰¹ Conforme CRUZ, Luiz M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. Mexico: Porrúa, 2006, pág. 5-18.

A jurisprudência de valores buscou alternativas metodológicas ao formalismo, que sempre possuiu fortes raízes na Alemanha.¹⁴⁰² Assim, jurisprudência dos tribunais (outra denominação dada à jurisprudência dos valores, consagra valores inerentes a vida, alicerçando suas bases em uma interpretação construída a partir de critérios supraleais de valoração, que deveriam, então, orientar a atividade jurisdicional.¹⁴⁰³ Os argumentos do tribunal alemão passaram então a ser fundados em princípios axiológicos, a fim de estabelecer um direito que ultrapassava os limites da lei, utilizando-se de mecanismos que permitissem justificar concretamente suas decisões.

Nesse caminho, duas são as vertentes que se destacam na jurisprudência dos valores: (I) a primeira, fundada na restauração do jusnaturalismo, a partir de uma filosofia transcendental dos valores, como sustentava Radbruch, que afirmava a existência de conteúdo axiológico ou ético-material de natureza suprapositiva como fundamento constitutivo do direito¹⁴⁰⁴; (II) em um segundo, a partir da construção de mecanismos e procedimentos, para produzir uma ponderação de princípios, - posteriormente aperfeiçoada por Robert Alexy - , capaz de justificar racionalmente as decisões e, dentro do possível, mitigar a crítica do relativismo, tendo vista sua finalidade de minimizar a discricionariedade da atividade jurisdicional.¹⁴⁰⁵

Este posicionamento do Tribunal se tornou claro a partir de suas decisões proferidas após a década de 1950, sendo a mais significativa delas o caso Lüth, na qual se encontram as bases da dogmática geral dos direitos fundamentais, são estendidos direitos públicos subjetivos de resistência direcionados contra o Estado e, simultaneamente, reconhecidos como ordem axiológica objetiva. A partir de tal decisão, emerge a ideia de que a Constituição, como uma ordem de valores que conforma a vida social e que se aplica em todos os âmbitos do direito, também tem o condão de estabelecer os conceitos centrais de valor, ordenamento valorativo, hierarquia valorativa e sistema de valores , sobre os quais se fundamentarão suas futuras decisões.

Paralelamente a esta postura assumida pelo Tribunal, a doutrina alemã também se movimenta em direção à defesa da constituição como uma ordem de

¹⁴⁰² Em KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (Org. KAUFMANN, A; HASSMER, W). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pag. 123.

¹⁴⁰³ Neste sentido, em LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, pág.60.

¹⁴⁰⁴ Em KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (Org. KAUFMANN, A; HASSMER, W). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pag. 124-126.

¹⁴⁰⁵ Em OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, págs. 60-62.

valores, cujas origens se vinculam à teoria da integração de Rudolf Smend – o Estado é uma entidade dinâmica em permanente renovação, ou seja, em processo de integração em uma comunidade de valores, de culturas e de experiências – e que tem seu desenvolvimento nos trabalhos de Günter Dürig, Hans Nipperdey e Otto Bachof, entre outros.¹⁴⁰⁶

A partir do referido caso Lüth, no entanto, a concepção axiológica da Constituição passa a ser também alvo de inúmeras e contundentes críticas por parte de juízes do próprio tribunal e pela também pela academia. Neste sentido, Ernst Forsthoff formula, no início da década de 60, as primeiras objeções dirigidas tanto contra o modelo do Estado Constitucional de Direito quanto contra o Tribunal Constitucional alemão, pelo que denominavam socialização e remasterização da constituição e da possibilidade das decisões iniciarem um processo de desformalização da mesma, destruindo o próprio estado de direito.

No sentido destas críticas, destaca-se a feita por Habermas. Em defesa da democracia constitucional, questiona o filósofo acerca da legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional Alemão, sustentando que, para a que a Corte não se torne uma espécie de poder constituinte autônomo e permanente, seus discursos de aplicação devem obedecer a uma argumentação deontológica, entendida esta como a única maneira de se obter, procedimentalmente, na linha de Dworkin, a única solução correta para cada caso concreto. Isto implicaria, entretanto, conceber os direitos como autênticos princípios, e não como valores que podem ser ponderados através de um raciocínio axiológico ou teleológico, como propõe a jurisprudência dos valores.¹⁴⁰⁷

Trata-se, em suma, de encontrar, entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor a situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.

As críticas, no entanto não enfraqueceram a utilização da postura inaugurada pela jurisprudência de valores pelo tribunal alemão, que em sessenta anos de atividade vem adotando tal postura, resistindo às diversas contestações quanto ao fato de sua utilização de um relativismo axiológico interpretativo que compromete os ideais democráticos.

¹⁴⁰⁶ CRUZ, Luiz M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. Mexico: Porrúa, 2006, pág.10-18.

¹⁴⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 321-323, em clara oposição à metodologia de Robert Alexy.

7.1.1.1 Críticas dirigidas ao Ativismo

Embora haja quem entenda que o ativismo pode ser uma solução às insuficientes atuações legislativas do Parlamento, as críticas a ele endereçadas são bastante intensas. Diz-se que, da vigorosa ascensão do Judiciário diante da insatisfação social com as instâncias políticas, a justiça acaba por se transformar no último refúgio para um ideal democrático desencantado,¹⁴⁰⁸ já que o juiz torna-se o último guardião das promessas tanto para o indivíduo como para a comunidade política.

Nessa linha, o incessante apelo ao controle judicial (inclusive por parte daqueles que reclamam o espaço político ocupado) e o entusiasmo ingênuo com a sua suposta capacidade de proporcionar as respostas justas poderiam representar danos à própria democracia, pois ao mesmo tempo que a justiça estaria sendo impulsionada pela democracia, poderia acabar concorrendo para seu colapso, já que a crescente concessão de diversificados controles ao juiz colocaria em xeque a própria liberdade democrática. Neste sentido, temos aqui um claro ataque, não apenas ao ativismo do juiz, mas ao própria estrutura de organização do poder, sendo essa segunda passível de ser qualificada no plano da judicialização.

Porém, devemos entender que contra esta visão, pode ser levantada a premissa já anteriormente apontada que é o fato de que a preponderância de instituições democráticas tem propiciado a atuação livre e autônoma das competências judiciais, sendo que são os regimes democratas que têm conseguido obter maior avanço no processo da judicialização. Esta linha acaba por recrudescer a ideia de ser desenvolvida no sentido de que a jurisdição é um dos mecanismos fundamentais para a salvaguarda de um dos polos inafastáveis do Estado Constitucional de Direito, ou seja a garantia dos direitos fundamentais, em proteção às minorias e grupos vulneráveis contra a potencial tirania das majorias.

Outra crítica bastante contundente é aquela que afirma não serem os juízes e os membros dos tribunais agentes públicos eleitos, embora o papel desempenhado pelo Judiciário seja evidentemente político¹⁴⁰⁹. Mesmo reconhecendo

¹⁴⁰⁸ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pág. 22. Há quem afirme que seguindo a tradição portuguesa de fortes poderes executivos () o Brasil jamais conseguiu que o Poder Legislativo capitaneasse o processo político. A hegemonia do Executivo transfere-se para o Poder Judiciário sem que o poder democrático por excelência jamais tenha exercitado sua função de representante de fato da soberania popular.

¹⁴⁰⁹ É a posição em BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Connecticut: Yale University Press, 1986, págs. 16-23, quando o autor apresenta este problema denominando-o de “*difficuldade contramajoritária*”

haver fundamento nesta abordagem, o fato é que a própria Carta acabou por conceder este espaço ao Poder Judiciário a fim de que este o exercesse no cumprimento de seus deveres constitucionais. Um excelente exemplo é o novel mandado de injunção.¹⁴¹⁰ Ora, trata-se de uma determinação da Constituição para que o Poder Judiciário venha a produzir as regras que o legislador, em sua inércia, desobedecendo neste ponto o comando normativo constitucional de eficácia limitada, expresso da Constituição, mas que sem a norma regulamentadora do direito não poderia produzir os efeitos, perdendo qualquer eficácia social.

Poderíamos ainda citar, nesta linha, a ADPF e a ADC, que, conforme vimos no Capítulo anterior, são obras do constituinte derivado. Também é possível apontar como fruto da vontade legislativa as próprias Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1.999, e que ampliaram os mecanismos instrumentais concedidos ao STF para que o mesmo proceda a fiscalização de inconstitucionalidade. Vê-se então, que a própria judicialização da política, pelo menos em alguns casos, é uma construção em que o próprio Parlamento brasileiro, no mínimo, referendou.

Uma outra crítica, menos repetida, mas de grande alcance, é aquela que afirma ser o Judiciário uma instituição conservadora, sendo que judicialização nada mais representaria do que uma reação das elites tradicionais contra a democratização e contra a política majoritária¹⁴¹¹. No caso brasileiro, não tem sido essa uma leitura adequada do fenômeno, já que algumas das conquistas consideradas mais progressistas nos últimos anos têm vindo ao mundo pelas mãos dos ministros da Corte brasileira. Temas como reconhecimento da união homoafetiva, pesquisa com células-tronco, interrupção de gravidez em caso de feto anencefálico, entre outras, foram todos objeto de avaliação e deliberações consideradas liberais. Há de se enfatizar, que são todos estes temas que há muito são discutidos e refletidos, não só em sede acadêmica, mas também pelos movimentos sociais. Mais uma vez, a inércia do Parlamento contribuiu para uma atuação mais incisiva por parte do STF.

Há também quem critique o fato de que havendo divergência entre os poderes, a palavra final tem sido concedida ao Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em uma instância judicial. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica¹⁴¹²,

¹⁴¹⁰ Segundo o art. 5º, LXXI “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (...)”

¹⁴¹¹ Em HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, pág. 214.

¹⁴¹² Expressão utilizada pelo Min. Celso de Mello. STF, MS 23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello

renomada doutrina constitucional americana tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos¹⁴¹³.

A primeira defende que o poder mais habilitado é aquele que deve produzir a decisão, respeitada a matéria em questão. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade não costumam ter no juiz de Direito o árbitro mais qualificado. O nosso sistema tem se utilizado crescentemente do *amicus curiae*¹⁴¹⁴, embora esta seja uma novidade trazida somente pela Emenda nº 45/2006.

Embora doutrinadores costumem afirmar que o “amigo da corte” seja um ator imparcial do processo e que sua presença justifica-se como a de um informante sobre temáticas complexas, nas quais os magistrados, em geral, não teriam profundidade para sua cuja análise. Na verdade sua postura tende a ser parcial, mas esta não é uma postura que deslegitime sua fala, que em geral possui grande influência sobre as decisões tomadas nos casos em que atua, e tendem a legitimar as decisões, não só do ponto de vista democrático, mas pelo caráter técnico que imprime às decisões, na linha da busca pela resposta certa.

Já no que se refere à segunda citada, mais precisamente os efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem sugerir uma posição de maior cautela e deferência por parte do Judiciário, pois o juiz, embora preparado para realizar a justiça do caso concreto, muitas vezes não estaria apto a dimensionar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.¹⁴¹⁵

Uma outra linha que ataca as posturas judicialistas afirma que o mundo do direito, ou o seu campo, como diria Bourdieu, tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, que as pessoas estranhas ao campo não possuem acesso. A primeira consequência drástica da judicialização seria, portanto, a elitização do

¹⁴¹³ SUSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper nº 28*. Chicago: s/ed., 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/28.crs-av.interpretation.pdf>>. Data de acesso: 10 out. 2011.

¹⁴¹⁴ Tem sua previsão na Lei n. 9.868/1999, mais especificamente no seu art. 7º, § 2º. Esta mesma lei incluiu três parágrafos no art. 482 do Código de Processo Civil, fornecendo, para o incidente de declaração de inconstitucionalidade regulado pelos art. 480 a 482 do CPC, o mesmo benefício. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi alterado para admitir que “quaisquer terceiros” — entendendo-se estar aí incluído o *amicus curiae*— possam sustentar oralmente suas razões nos julgamentos perante o Plenário ou perante as Turmas (art. 131, § 2º).

¹⁴¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 317.

debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem possuem acesso aos *lôcus* de discussão jurídica.¹⁴¹⁶ Neste caso, muito embora institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil se prestassem a atenuar o problema da participação popular, eles não o eliminariam.¹⁴¹⁷

Além disso, contrapondo-se a uma possível apatia do corpo social - que se encontra cada vez mais sobrecarregado das múltiplas demandas do mundo contemporâneo - teríamos o fenômeno da judicialização gerando especiais poderes extras ao Judiciário, que ocuparia este espaço. A consequência visível é o crescente processo de politização dos tribunais, em grau excedente ao que seria desejável, o que não se adequa a um ambiente em quem deve imperar a razão, sobriedade e imparcialidade.

No que se refere à jurisdição constitucional, embora não possa ser considerada indispensável, pois o controle político em determinados países cumpre muito bem essa função, tem servido a países como o Brasil, onde o processo de amadurecimento vem progredindo juntamente com o espaço democrático, de forma a ocupar um espaço de relevância concedido pela Constituição. Conforme afirma Luís Roberto Barroso¹⁴¹⁸, dois grandes papéis desempenha a jurisdição constitucional: o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto às suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; além de disciplinar o processo político democrático e propiciando simultaneamente, o governo da maioria mas também a participação das minorias.

Esse posicionamento reforça o papel do Supremo Tribunal Federal, entendendo que é competência desta Corte conceder especial destaque às duas formas de autonomia (Pública e Privada). Esta é uma das mais relevantes funções reservadas a qualquer Corte Constitucional que tenha apreço pelo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e uma de suas variações, o Estado Constitucional de Direito, caminhando em direção à consagrada posição habbermasiana que defende que, longe de serem formas antagônicas de autonomias, são elas formas complementares.

¹⁴¹⁶ Em WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review*. In: *The Yale Journal*. Nº 6, 2006, p. 1346-1406

¹⁴¹⁷ YEPES, Rodrigo Uprimny. *Judicialization of politics in Colombia*. In: *International Journal on Human Rights*. Nº 6, 2007, v. IV, p. 63

¹⁴¹⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376 e 377.

Ao se fixarem no problema da subjetividade e do arbítrio do juiz ativista do tipo patológico ou *hard*, em que a própria denominação que a ele foi concedida define seu tipo de atuação) alguns juristas esquecem de analisar a outra alternativa: o juiz que não decide por falta de comando normativo. Ora, nem a Constituição permite a abstenção do ato de julgar, nem a sociedade aceita esta posição. Por isso, é razoável concluir que dependendo da definição que venha a ser concedido ao fenômeno há de chegar a conclusão que um certo ativismo é inerente a qualquer posição jurisdicional, mais ainda em uma sociedade que entende o pluralismo como um valor, de forma que os diferentes devem ser tratados na proporção de sua diferenças.

Assim, o acirramento da jurisdição, como construção também dos constituintes e legisladores, naturalmente implicou na modificação do papel do juiz, que abandona a função de mera *bouche de la loi* ou mesmo a aquela que denominam por juiz-soldado da lei, e assumiu vários papéis fundamentais, entre eles: legislador negativo (como purificador do sistema) e ativista judicial. Cabe ressaltar aqui que se rejeita o ativismo *hard*, inclusive aquele que vem sendo eventualmente praticado pelo STF, com casos paradigmáticos como exemplo. Porém, o que deve ser combatido é um tipo de atuação que contribui para a desformalização do direito.¹⁴¹⁹

Porém como já foi dito há características por que vem passando o sistema jurídico brasileiro fazem com que o processo de controle de constitucionalidade passe necessariamente por uma maior intervenção judiciária. A própria estrutura analítica da Carta, que sendo bastante abrangente, obriga a que o judiciário intervenha constantemente. Além do mais, as novas teorizações nos campos da filosofia e da teoria jurídicas recepcionadas pelo mundo jurídico brasileiro na última década do Século passado alteraram o perfil do sistema. Retornando em parte a temas abordados nos Capítulos I e II, pode-se dizer que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, percebidas em suas perspectivas mais genéricas, adentraram de forma mais profunda, a ponto de conseguirem em um curto espaço de tempo virem a exercer um papel de protagonismo na cena jurídica brasileira. O primeiro, por meio

¹⁴¹⁹ Acompanhamos a indignação em NERY, Nélson; ABBoud, Georges. *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça pode ser medida pela vontade de alguém*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora Podium, 2013, pág. 530, quando os autores fazem referência à Reclamação 4335, criticando a posição dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Na oportunidade, o ministro Gilmar Mendes (acompanhado pelo Min. Eros Grau) defendeu que teria havido uma mutação constitucional em relação ao artigo 52, inciso X, da CF/88, e por isso a manifestação do Senado seria dispensável. Acrescentou que a regra constitucional que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeito de mera publicidade, já que as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso.

das linhas dworkinianas, mais especificamente no que se refere à assunção das teorias de reconhecimento do caráter normativo dos princípios. Um segundo, em momento quase simultâneo, a percepção da centralidade constitucional como uma ordem de valores fundamentais e de filtragem axiológica de todas as normas do sistema jurídico.

7.1.2 A autocontenção: um freio ao ativismo

Quando os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos não estiverem em discussão, os juízes e os tribunais devem agir conforme a vontade do legislador, assim como, evitar que estes utilizem de sua própria valoração política. É o que as doutrinas têm denominado por autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) que em oposição ao ativismo judicial, configura a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

A principal diferença metodológica entre as duas posições (ativismo judicial e autocontenção judicial) configura-se, em princípio, no fato de que o ativismo judicial, quando legitimamente exercido busca extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados), o que ainda está no âmbito de suas atribuições legítimas¹⁴²⁰, já que não há formas do legislador prever regras para todos as possibilidades que a vida apresenta. Se há vácuo na lei, não deve haver no direito e por isso nos reportamos anteriormente ao fato de que o direito deve ser produzido a quatro mãos. Isto não é ativismo, é necessidade.

7.2 A questão democrática na atuação jurisdicional em um Estado Constitucional de Direito

¹⁴²⁰ Em URBANO, Maria Benedita. “Criação Judicial” e Ativismo Judicial”: as duas faces de uma mesma função? In Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição. Volume II. Coimbra: Coimbra, 2012, págs. 22 a 25, a autora faz menção a dois tipos de ativismo (criativismo *soft*, e criativismo *boarderline*) que ainda estariam, ambos, em um campo legítimo de atuação das cortes constitucionais. Porém, haveria um terceiro tipo, o criativismo *hard*, patológico, ou ainda heterodoxo, que seria, este sim o ativismo em seu sentido pejorativo. Ele estaria presente nas chamadas sentenças manipulativas –aditivas e substitutivas- e nos caso das chamadas legislações judiciais, quando os tribunais criam normas gerais na lacuna deixada pelo legislador. Deve-se admitir que o STF nos últimos anos experimentou todas as formas de ativismo.

Partindo do princípio de não ser o controle jurisdicional completamente imune à crítica a ele dirigida de ser antidemocrático, já que a legitimidade dos juízes é constantemente colocada em dúvida, sob a alegação de que não serem nem representativos e nem politicamente responsáveis para invalidar decisões de um legislador democraticamente eleito¹⁴²¹, procuraremos dar seguimento à análise a partir do que podemos chamar de “paradoxo do juiz constitucional”¹⁴²².

Consiste tal paradoxo na necessidade deste representante do poder judiciário exercer o controle constitucional de leis que, tenham sido elaboradas por legisladores que expressam exatamente a vontade do povo (e efetivamente configura-se uma ficção repleta de grande conteúdo simbólico) ou, dizendo o mesmo de forma diversa, os representantes expressam a vontade das maiorias. Em resumo, é função da jurisdição constitucional adotar posições contramajoritárias, principalmente quando essas posições resultarem de uma vontade parlamentar contaminada, que afronte direitos fundamentais de indivíduos/cidadãos.

A reforçar o paradoxo, Maria Luisa Balaguer Callejón, em lúcido questionamento indaga se esses novos paradigmas, que apontam para uma sobrevalorização do papel dos juízes nas democracias contemporâneas, a ponto de muitos autores já se indagarem - uns de forma eufórica outros com preocupação -, não estariam promovendo a substituição do Estado Constitucional de Direito por um Estado Judicial de Direito com deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao poder judiciário graças ao protagonismo de algumas cortes constitucionais, crescentemente apoiada por diversos segmentos sociais¹⁴²³

Os argumentos contra a judicialização são amplamente criticados por aqueles que afirmam ser o princípio democrático fundado na igualdade e na autonomia pública. Por isso, qualquer mecanismo que suspenda uma decisão decorrente do processo de deliberação majoritária seria, em princípio, inaceitável, já que em flagrante oposição aos ideais de igualdade e de autonomia citados, tão caros

¹⁴²¹ BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos Democracia y Constitución*. In: LAPORTA, Francisco J. (Org.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2003, p.401.

¹⁴²² Terminologia emprestada de SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madri: Tecnos, 1998, 366.

¹⁴²³ CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. *Interpretación de la constitución y ordenamento jurídico*. Madri: Tecnos, 1997, pág. 51

à sociedade moderna, e em clara concessão a um suposto grupo aristocrático de sábios, cuja vontade estaria habilitada a substituir aquela expressa pelas maiorias.¹⁴²⁴

Por isso, um constitucionalismo forte¹⁴²⁵, segundo algumas posições democráticas, vulneraria o direito de participação da cidadania na adoção de soluções que afetassem seus membros, inclusive aquelas que definem quais direitos temos e quais os conteúdos destes direitos. Há nesse sentido, como representante mais veemente desta posição Jeremy Waldron, que recusa aceitar até mesmo a linha argumentativa de que a impossibilidade de mudanças por meio da via legal fundamente-se em uma escolha anterior tomada pelos representantes da soberania popular, no âmbito do poder constituinte.

Waldron também repele a posição daqueles que alegam que existe a possibilidade de reconsideração futura da decisão tomada pelos representantes da soberania popular (ou de acordo com a vontade da nação, como diria Sieyès) por vias procedimentais custosas e desiguais, que caracterizam as constituições rígidas. Nesse sentido apontar-se-ia para o caminho de uma versão constitucional aberta a mudanças, o denominado Modelo de Westminster¹⁴²⁶.

Habermas, ao afirmar que a existência de tribunais constitucionais não é autoevidente¹⁴²⁷, adere à visão que sendo a lógica da divisão de poderes fundamentada em uma teoria discursiva procedimental, deve, portanto, configurar-se autorreflexivamente à legislação, nos moldes utilizados para a justiça e, assim, passando a possuir a competência do autocontrole de sua própria atividade. Nesta perspectiva, a manipulação de efeitos ganha maior legitimidade na via abstrata/concentrada do que na via concreta/difusa, embora entendamos que não seria razoável conceder a possibilidade de modular efeitos em uma via e não em

¹⁴²⁴ Conforme, VIEIRA. Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça - Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23. Aqui certamente caberia uma alusão à perspectiva platônica em torno da legitimidade de uma aristocracia do saber. O problema é que, como vimos, a legitimidade é um conceito que deriva do reconhecimento dos comandados.

¹⁴²⁵ No constitucionalismo contemporâneo observa-se o que em VIEIRA. Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça - Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 24, o que o autor denomina como "cláusulas superconstitucionais", que não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis, já que diferentemente das demais cláusulas constitucionais, não podem ser alteradas ou abolidas. No Brasil esse é um fenômeno que tem sede normativa no §4º do art. 60 da Constituição Federal. A ele, como é intuitivo presumir, se opõe a ideia de um constitucionalismo fraco, ou débil, como o chamam os espanhóis, e que por meio de várias teorias, procuram dar maior dimensão à vontade majoritária, em detrimento da vontade constituinte.

¹⁴²⁶ WALDRON, Jeremy. *Disagreement and Precommiment*. In: *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 286-297.

¹⁴²⁷ É interessante observar que quando aborda o tema o autor já se posiciona amplamente contrário a uma posição sustentada neste trabalho que adere à uma abordagem axiológica, considerando a técnica da ponderação dos valores pela via do postulado da proporcionalidade. Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.297 et seq.

outra, pela própria lógica do sistema.¹⁴²⁸ Até mesmo porque, embora estejamos analisando a situação em uma perspectiva que tem como foco democracia e legitimidade, não se pode deixar de admitir que há outros valores e interesses em jogo, que lançados à mesa, podem sofrer análise diversa.

Habermas entende que não dispendo o legislador da competência de examinar se os tribunais¹⁴²⁹, ao aplicar o direito, utilizam-se dos mesmos argumentos normativos que estabeleceram os parlamentares para fundamentar de forma racional uma determinada norma legal, não deveria ter o tribunal poderes para rever os atos normativos de criação do poder legislativo. Por isso, para o autor alemão o controle abstrato de normas é função do legislador, sendo que a função de controle da norma deveria ser reservada a este, restando reservado aos tribunais a tarefa de compreensão procedimental da constituição, de forma a limitar-se à proteção do processo de criação democrática do direito.¹⁴³⁰

Com isso, vedar-se-ia, então, ao Tribunal, uma aproximação a uma posição em que pudesse vir a defender uma ordem suprapositiva de valores substanciais.¹⁴³¹ Qualquer tentativa de controlar decisões substantivas, não estritamente ligadas às estruturas democráticas, deveria ser considerado invasão “ilegítima” ao procedimento democrático. A questão que se abre, e não nos parecendo possível responder sem maior reflexão, nos é trazida por Bayón, é a de saber se isto é realmente possível ou não estaríamos trazendo outras restrições substantivas diferentes das que emanam do argumento procedimentalista.¹⁴³²

Mesmo que tenhamos em conta que a possibilidade de que o princípio constitucional leve a uma vinculação e restrição da vontade majoritária das gerações futuras, o que é realmente um fator problemático sob uma perspectiva da teoria democrática, uma análise mais aguda nos levará à conclusão de que há uma

¹⁴²⁸ Entendo haver fortes fundamentos para aderimos à tese da abstrativização do controle concreto.

¹⁴²⁹ Aliás, é clara a posição de Gilmar Mendes Ferreira quando informa que as decisões da Corte Constitucional estão completamente imunes a qualquer controle democrático. Em MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativas pelo órgão Judicial*. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 83.

¹⁴³⁰ Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.297 et seq. Sobre o tema, manifesta-se BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos Democracia y Constitución*. In: *Constitución: problemas filosóficos* (Org. LAPORTA, Francisco J.). Madri: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2003, p. 412 afirmando que “...el procedimentalismo nos brinda una defensa condicionada del constitucionalismo que, si diera por buena, exigiría modificaciones esenciales de nuestra práctica constitucional.

¹⁴³¹ Neste sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 138.

¹⁴³² BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos Democracia y Constitución*. In: LAPORTA, Francisco J. (Org.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2003, p.413.

simplificação argumentativa excessiva ao considerar como princípio democrático, o princípio genérico de regime parlamentar, de regime cujas decisões advêm, exclusivamente, da decisão majoritária, restringindo o conceito de constituição.

E novamente retomamos uma colocação feita no decorrer do Capítulo 5, na qual deixamos claro que, apesar de assumirmos algumas de suas posições centrais de Habermas, não nos vincularíamos à totalidade de suas ideias. Esta é uma delas, principalmente se levarmos em conta que em grande parte do mundo, o Poder Legislativo passa ele próprio por uma crise de legitimidade. Em pese o enorme aparato simbólico que envolve a atuação parlamentar, a realidade é que no Brasil, boa parte do apoio e reconhecimento da população às atuações da Corte se devem a um desalento popular com a atuação política parlamentar.

A nós parece que uma avaliação mais correta e mais ampla nos encaminha a uma análise a partir do âmbito específico, não somente da democracia formal ou mesmo a de tipo parlamentar, mas da democracia constitucional, ou seja, no âmbito do que estamos chamando neste trabalho de Estado Constitucional de Direito. Neste tipo de específico, o legislador não é democrático autonomamente, ao expressar a vontade das maiorias¹⁴³³, mas deve respeitar em algumas circunstâncias à superior vontade do povo soberano, fonte primeira do direito, que se faz expressar pela obra de seus representantes. E há sim uma hierarquia. A vontade geral (das maiorias) está absolutamente apta a se manifestar e exigir que sua manifestação volitiva seja respeitada quando e somente quando a vontade do povo soberano (vontade constitucional) não estiver em contradição a ela.

Assim, segundo uma perspectiva democrática com a qual fazemos couro, a jurisdição constitucional encontra seu fundamento na própria Constituição, sendo que o princípio majoritário não só não pode se opor à Constituição, como por ela é regrado. É bem verdade, que se deve, ao máximo (possível) respeitar a vontade das maiorias, mas nos espaços concedidos pela Constituição. Seguindo esta linha, Vital Moreira afirma que a vontade da maioria de cada momento, identificada como

¹⁴³³ Não há como evitar o retorno à Platão. Já ele - não, obviamente, sob uma linha pró-democrática - questionava a racionalidade existente nas decisões da maioria por intermédio de seus diálogos em que Sócrates na busca por uma ética coletiva, opõe-se à ética individualista dos sofistas, que ensinavam como fazer, por intermédio de técnicas retóricas, com que as maiorias aderissem a posições que iriam beneficiar apenas alguns poucos. Recomenda-se para maior aprofundamento, a leituras dos diálogos "Protágoras" e "Górgias". Em PLATÃO. *Diálogos. Protágoras- Górgias- Fedão*. 2ªed. Belém: Editora Universitária UFPA, 2002.

infraconstitucional, não pode prevalecer sobre a vontade maioria constitucional¹⁴³⁴, a maioria constituinte.

Não entramos em desacordo com aqueles que defendem a supremacia da vontade de cada momento. Entendemos que é uma forma de organizar o sistema e pode estar em consonância com a tradição político jurídica daquela comunidade. O que entramos em completo desacordo é quanto a possibilidade de se considerar o Estado Constitucional de Direito como uma forma antidemocrática de organização. Embora consideremos que o suporte teórico para a salvaguardar a supremacia constitucional, seja tão consistente quanto àquela que entende que defende a supremacia da vontade imediata, do momento, há de se ter em vista aspectos de natureza pragmática que podem, no mínimo, apontar a falsidade das alegações de sistema antidemocrático.

Ora, algumas das mais fortes democracias do planeta são adeptas do modelo de jurisdição, que tende exatamente a se fortalecer nestes países. Também é possível verificar, como uma tendência em muitos países no mundo, uma crescente rejeição aos políticos, sendo que não é leviano afirmar que qualquer pesquisa a ser realizada sobre qual instituição a população se sentiria mais bem representada, certamente a Suprema Corte brasileira nestes últimos anos teria obtido uma aprovação muito superior àquelas obtidas pelas duas Casas do Congresso Nacional. Instituições desta natureza costumam ter um grau de eficácia proporcional à sua reputação, mesmo porque dela dependem para se legitimarem.

Assim advogando por um equilíbrio de atuação, mas reiterando a posição de defesa à tese da supremacia constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de sua atividade hermenêutica¹⁴³⁵, deve sempre buscar o entendimento que prestigie o trabalho do legislador, sem abdicar do dever de afastar o comando incompatível (mas sempre tentando preservar o comando desconforme), nas situações em que efetivamente o texto não permita sua permanência pelas técnicas usadas pela Corte Suprema.

¹⁴³⁴ Segundo MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. Legitimidade e limites de justiça constitucional*. In: *Legitimidade e Legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.179.

¹⁴³⁵ Como afirma CASANOVA, Marco Antônio. In: *Martin Heidegger, Nietzsche*. Rio de Janeiro: Forense, Forense Universitária, 2007, v. 1. Apresentação, pág. 10, nota 2, “interpretar implica incessantemente em ver mais que aquilo que se acha expresso no texto e mesmo do que aquilo que o próprio autor estava em condições de formular com sus intenções específicas.” O que nos leva a crer que o processo de interpretação em completa conformidade é um objetivo não alcançável.

Porém, é importante que aqueles que defendem a soberania popular na esfera da vontade geral do povo compreendam que o princípio democrático não se encerra no princípio majoritário, mas apenas o respeita e, tenta ao máximo aplicá-lo.. Há nesta esfera, outros fatores que o próprio Habermas bem suscitou quanto tratou da temática acerca da co-originalidade entre soberania popular e direitos fundamentais que devem ser levados em conta no próprio processo de definição da democracia.¹⁴³⁶ E neste ponto preferimos estar com o Habermas que defende a co-originalidade, mas não com o Habermas que mitiga os aspectos substanciais no processo de definição de uma democracia, seguindo a linha argumentativa estabelecida no Capítulo 5, quando analisamos os direitos fundamentais no âmbito da democracia substantiva.

A posição, por alguns firmada, então, é de que a interpretação judicial das leis resulta, de modo inevitável, como “antidemocrática”, em razão da subjetividade inerente à interpretação das leis pelos juízes e a alta intensidade política a que se submetem no processo interpretativo. Esta crítica é cabível se não houver limites discricionários às cortes constitucionais para explicitação da decisão. Não é o caso. No Brasil, seguindo cada vez mais a linha das cortes europeias, a verificação da objetividade da motivação, a qual obrigatoriamente deve se submeter a decisão, exige que passe a mesma por um processo interpretativo, metodologicamente aceito, firmado em bases racionais, que não se coadunam com subjetivismos e relativizações extremadas.¹⁴³⁷

Assim, se é certo que se a democracia parlamentar tem seus problemas revelados no campo fático, também a democracia constitucional apresenta seus problemas. Aqui o que se busca é o aperfeiçoamento do sistema, de forma que novos mecanismos de explicitação das razões venham a diminuir o grau de álea nas decisões, inclusive incorporando a participação de vozes da sociedade (como no citado *amicus curiae*, ou também nas audiências públicas), reestabelecendo possível equilíbrio perdido. Deve-se ter em vista que A tradição jurisdição deve estar apta a conviver com o princípio majoritário e vice-versa, de forma equilibrada.

Nesse ponto, a crítica exercida pela cidadania e pelos movimentos sociais tem um papel determinante para a manutenção deste frágil equilíbrio. Como vimos repetindo desde o Capítulo 1, a volatilidade e a pluralidade do mundo

¹⁴³⁶ Em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, pág. 138.

¹⁴³⁷ Como bem afirma WELZEL, Hans. *Diritto naturale e giustizia materiale*. Milão: Giuffrè, 1965, p. 379, “La democrazia riposa sull’idea della tolleranza reciproca, non unilaterale, e anche il principio della maggioranza è subordinato a questa Idea.”

contemporâneo não permite decisões ou escolhas fáceis. A necessidade de consensos virtuosos nos leva a crer na compatibilidade entre as duas formas aparentemente antagônicas, mas que compartilham princípios as leve ao equilíbrio desejável.

Assim, a democracia pode muito bem abarcar os dois processos que, longe de entrarem em contradição, juntam-se para reafirmá-la, cada qual com sua própria racionalidade.¹⁴³⁸ A nosso juízo, o constitucionalismo ao ter como valor o Estado Constitucional de Direito, acaba por reafirmar seu compromisso para com o próprio Estado Democrático de Direito, no qual aquele busca suas bases.¹⁴³⁹ Neste sentido, as mais diversas vertentes do pensamento político, das mais variadas escolas vem apresentando essa crítica, opondo a esta democracia formal, a expectativa de se realizar uma democracia substancial, seguindo os contornos do que foi apresentado no Capítulo precedente.

Por isso, conforme vimos procurando demonstrar, o postulado da constitucionalidade, por razões não só materiais, mas também formais, se coaduna com princípio da maioria, prevalecendo, porém, sobre este quando houver o confronto inevitável. Certamente não há supressão do princípio da maioria, apenas que ele só pode manifestar-se nos espaços concedidos pela própria Constituição.

Por esta linha, as linhas doutrinárias que apresenta algumas consequências acerca desta inferência: a) sendo a constituição um dado, não pode o juiz constitucional substituir-se a ela; b) todos os preceitos constitucionais possuem função normativa, de forma que nenhum deles pode ser privado desta função, e c) não pode o juiz constitucional autolimitar-se no exercício de seus poderes, por se tratar de questões de natureza “política”, o que entendemos seria uma afronta à segunda consequência listada.

Assim, diante dessa visão, um Estado Constitucional de Direito não prescinde do princípio democrático. Pelo contrário, deve-se assumi-lo em sua perspectiva formal, mas também substancial, enfatizando os valores presentes na Constituição, nos termos de um “patriotismo constitucional”. No limite, o irrestrito poder da maioria poderia subverter as regras jurídicas que disciplinam seu exercício e

¹⁴³⁸ Seguindo esta linha, BRITO, J. de Souza e. *Jurisdição Constitucional e princípio democrático. In: Legitimidade e Legitimação da justiça constitucional : colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.43.

¹⁴³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p.4.

vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos; por outro lado, a cristalização de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigma do direito poderia acarretar uma indesejável asfixia da vontade popular.

A busca por essa harmonização não deve abalar o postulado da constitucionalidade, de forma que o espaço para manifestação normativa pelas maiorias deve enquadrar-se nos limites estabelecidos pelo texto constitucional. Embora não se duvide que o princípio democrático é um dos princípios estruturantes da nossa ordem jurídica, podemos concebê-lo tanto sob uma perspectiva formal/procedimental, mas também substantiva, entendendo esta como um aperfeiçoamento, se comparada à espécie exclusivamente procedimental. Até porque, os valores da “comunidade constitucional” devem ser preservados e sem eles teremos “cidadãos” desenraizados, pressuposto recusado já no Capítulo 1.

Seguindo a posição assumida por Pablo de Lora, entendemos como útil ao processo de harmonização entre postulado da supremacia constitucional e princípio da democracia, a defesa de um argumento do tipo “*in dubio pro legislatore*.”¹⁴⁴⁰ Isto quer significar que ao que alega a inconstitucionalidade cumpre o ônus da prova, e que diante da falta de elementos suficiente para constatá-la, utiliza-se a presunção para superar o impasse. Nesse caso, a presunção *in dubio pro legislatore* opera *ex post*, uma vez comprovada que a prova não é suficiente para destruir a constitucionalidade da lei. Ou seja, presume-se a constitucionalidade da lei se não há certeza sobre sua constitucionalidade, em uma analogia que entendemos pertinente com o procedimento penal que estabelece o *in dubio pro reo*.

O que é importante ressaltar, é que a corte deve partir do princípio de que o legislador age na forma da lei constitucional deste princípio, e não é qualquer erro que deva ser considerado suficiente intenso para que se declare a inconstitucionalidade. Não se quer com isso, obviamente, salvaguardar a constitucionalidade das leis a qualquer custo, mas apenas preservá-la quando motivos houver para tanto, conforme tivemos a oportunidade de analisar, nos Capítulos 3 e 4, e voltaremos a fazer um pouco mais abaixo.

Assim, entendemos que a necessidade e legitimidade de uma justiça constitucional não afasta a necessidade de se levar em conta, no maior âmbito

¹⁴⁴⁰ Conforme LORA, Pablo de. *Justicia constitucional e deferência ao legislador*. In: LAPORTA, Francisco J. (Org.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2003, p. 358, quando o autor faz referência à James Bradley Thayer para sustentar que a constitucionalidade representa a racionalidade da legislação.

possível, a vontade externada pela maioria. Todavia, essa democracia fundada na vontade das maiorias circunstanciais que vem sofrendo desgastantes críticas há pelo menos 23 (vinte e três) séculos, quando os sofistas a defendiam sob uma lógica relativista e subjetivista, já há muito vem sendo superada pela possibilidade de uma democracia que também leve em conta os interesses materiais de uma dada comunidade, habilitada a conviver com a diferença¹⁴⁴¹, mas que possa compartilhar algo além da tolerância.

Por essa via, abre-se o gênero “democracia” para novas possibilidades de participação individual e setorial, potencializando a pluralidade e, desta forma, convergindo esta não só com a opinião pública, mas principalmente com uma racionalidade que, envolvendo as decisões constitucionais, que respeitando a manifestação das maiorias, não enfatiza suas escolhas em situações em que interesses fundamentais e incoercíveis da minoria se mostram em consonância com um princípio de justiça. Quando Radbruch afirma “se ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém ao menos diga o que é jurídico”¹⁴⁴² complementamos afirmando que se discussão possa haver se são os direitos fundamentais convergentes com o ideal de justiça, dúvidas não há que o acordo entre os membros lhe garantiu a força da juridicidade.

7.3 A definição do ‘juízo de legitimidade’ e seu papel no processo de ‘juízo de constitucionalidade’

Questão que se abre quando se fala do papel da legitimidade na formação de um juízo de constitucionalidade é a de saber se o grau de legitimidade atribuído à norma é ou não fator decisivo para o reconhecimento de sua constitucionalidade/ inconstitucionalidade. Nesta etapa do trabalho nos permitimos a possibilidade de propor um texto mais livre, apoiando-nos em raras notas de pé-de-página, tentando demonstrar (ou mesmo criar) pontos de conexão entre a validade e a legitimidade.

De se notar, que estamos almejando ir além das discussões habituais que limitam a discutir a legitimidade orgânica (subjetiva) e que está entorno às

¹⁴⁴¹ Neste mesmo sentido, SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madri: Tecnos, 1998, p. 369.

¹⁴⁴² Conforme RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra. Armênio Amado, 1961. V. I. pag. 210, “se ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém ao menos diga o que é jurídico.” Neste sentido, se discussão possa haver se são os direitos fundamentais convergem com o ideal de justiça, dúvidas não há que o acordo entre os membros lhe garantiu a força da juridicidade. justos,

infindáveis discussões que circunstanciam a judicialização da política, conforme veremos. Até porque nos parece que a discussão sobre esta temática aborda uma perspectiva mais centrada mais no aspecto político-jurídico (no qual o acento está no político) do que no jurídico-político, onde a ênfase está situada no componente jurídico. Este último é o desafio que, neste momento, nos diz respeito.

A discussão que nos propomos é situada (e sempre vale a pena repetir) no contexto do que estamos chamando de modelo neoconstitucional, ou seja, em um espaço no qual a jurisdição constitucional possui como uma de suas capitais funções aquela de determinar quais as regras que devem fazer parte do sistema jurídico, sendo a estas concedido o selo de juridicidade.

Com o beneplácito constitucional da Carta de 1988 e também o próprio sistema jurídico, como um todo, tem-se enfatizado que o papel do STF tem sofrido um alargamento bastante sensível nos últimos anos, sendo que a assunção de novas técnicas é sempre bem vinda quando oferece a possibilidade de aprimoramento das técnicas de controle das normas. Principalmente, se a ideia é de tentar superar, ou ao menos mitigar os fatores que levam à crítica.

Há de se destacar o evidente processo de verticalização por que vem passando o Poder Judiciário, em direção aos tribunais (processo de concentração vertical), sendo exemplo que esse processo pôde ser analisado no Capítulo anterior, quando ficou patente a concentração de poderes no STF, principalmente no que se refere ao controle jurisdicional, que defendemos acima. Não está sendo encaminhada qualquer crítica, pois esta inegável verticalização das funções no âmbito da assunção do dogma da centralidade constitucional, é uma consequência direta do fenômeno de passagem do chamado legiscentrismo para o juriscentrismo constitucional.¹⁴⁴³

Essa situação está fundamentada na necessária observação da segurança jurídica. Deve ser admitido, que as novas teorias normativas relacionadas a modelos metodológicos interpretativos, de complexos fundamentos, foram sendo aplicados sem maior preocupação com um prévio planejamento político-institucional e sem o devido preparo por grande parte dos magistrados, o que acarretou excessos subjetivistas e decisionistas no ambiente jurídico brasileiro.

¹⁴⁴³ Mais ou menos na direção Em URBANO, Maria Benedita. *“Criação Judicial” e Ativismo Judicial*: as duas faces de uma mesma função? In: Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição. Coimbra: Coimbra, 2012, v. II, pág. 13.

Nesse sentido, o processo de verticalização jurisprudencial por que vem passando o Poder Judiciário, concentrando poderes de cristalização jurisprudencial no STF, é uma resposta à necessidade de se organizar o sistema de aplicação de soluções em uma direção mais uniforme, evitando os disparates de inúmeras soluções para o mesmo caso.

Feitas estas observações preliminares, partamos para uma temática que já nos reclama algumas respostas. A temática é a possível relação entre um juízo de constitucionalidade e a legitimidade desta norma no âmbito social. Embora o problema da judicialização da política e do ativismo judicial não estejam deslocados dessa discussão, a questão que nos propomos enfrentar é a seguinte: a) o que se está avaliando quando se fala de “legitimidade normativa”? b) quais os critérios que determinam o caráter de legitimidade/ ilegitimidade de uma norma (em um ângulo de análise no qual predomine a dimensão jurídica)?; c) que método pode ser viável para se extrair um juízo de legitimidade /ilegitimidade, e para que serviria tal juízo? d) quais as possíveis consequências no âmbito da validade/constitucionalidade quando nos defrontamos com um norma da qual se extrai um juízo de ilegitimidade?

Enfrentemos, então, as questões colocadas iniciando por avaliar a extensão do que se afirma quando se diz estar diante de uma norma legítima sob o prisma jurídico-político. Uma intuição inicial já nos leva a crer que uma norma “ilegítima” não deve poder reger comportamentos no mundo jurídico. Façamos um retorno a alguns pontos do Capítulo 5, de forma a redefinirmos um conceito que se adeque à toda moderna discussão sobre o tema, sem perder de vista nossos interesses pragmáticos de conceder função ao conceito.

Como afirmamos nos Capítulos 3 e 4, entendemos mais adequado sob o ponto de vista metodológico, e mesmo epistemológico, analisar o fenômeno da legitimidade para o campo jurídico-político sob múltiplas dimensões. Embora reconhecendo que o conceito tem uma estrutura unitária, o fato é que o processo de delineamento conceitual é facilitado e mais completo quando subdividimos essa unidade e a analisamos sob prismas específicos.

Aproveitando-nos da metodologia já apresentada nos Capítulos 3 e 4, identificamos três dimensões da legitimidade, conforme já referenciado ao final do Capítulo 5, que são a formal-normativa, a fática e a valorativa. É bem verdade que poderíamos, ainda, pensar em outras dimensões, como, por exemplo, a dimensão psicológica (na linha do que os realistas escandinavos considerariam essencial

naquela tradição jurídica, ponto analisado no decorrer do Capítulo 3). Porém, a análise do fenômeno a partir de uma perspectiva tridimensional é absolutamente satisfatória, com a vantagem adicional de se percorrer uma linha metodológica com que se está mais familiarizado.

Insistindo em afirmar que não se trata de departamentos estanques, mas ângulos diferenciados de um mesmo fenômeno, iniciaremos nossa análise estabelecendo o ponto central e inafastável do conceito de legitimidade nos dias atuais, inclusive no âmbito de sua visualização pela perspectiva jurídica: a ideia de que a mesma se funda no liame psicológico que liga a norma ao seu destinatário, e no qual o assentimento às normas advém por intermédio de uma adesão interna, autônoma e consciente, e não pela manifestação da violência simbólica do Estado. Assim, iniciaremos analisando o que denominamos por dimensão jurídico-formal.

7.3.1 A legitimidade em sua dimensão Jurídico-Formal

Podemos identificar como um elemento importante na construção de um juízo de legitimidade na dimensão jurídico-formal, a análise do próprio quadro jurídico-institucional colocado à disposição pelo Estado. Espera-se que este possa oferecer condições para que as regras que venham a ser destinadas aos indivíduos/cidadãos possam ter sido realizadas com a preocupação de viabilizar (mesmo que algumas vezes, de forma simbólica) a participação destes no processo de produção da norma, ou mesmo considerar a possibilidade de tê-los em consideração no momento em que a norma possa vir a ser expurgada do sistema.

Assim busca-se, em um contexto de Estado de Direito Constitucional, promover um ambiente dialógico-comunicacional,¹⁴⁴⁴ no qual a sociedade possa se fazer ouvir e ser levada em conta nos processos decisórios, seja diretamente, seja pelos seus representantes, seja pelo movimentos sociais, seja por meio de órgãos estatais que representem a cidadania, seja pelo cidadão. O importante é que lhes sejam garantidas as instituições aptas a conceder voz ao cidadão.

A vida moderna sobrecarregou o indivíduo/cidadão de atribuições, inviabilizando sua participação permanente nos fóruns de discussão política institucionais. Porém, um sistema pode ser considerado legítimo, na perspectiva aqui

¹⁴⁴⁴ Na linha do que já foi anteriormente apresentado, no decorrer do Capítulo 5, há certamente tipos de legitimidade que absolutamente prescindem destes mecanismos, já que se manifestam por meio do carisma do líder, ou por ordens e instituições cristalizadas na tradição.

analisada (formal-jurídica), não apenas quando concede esse espaço de participação para aqueles que desejam expressar-se na arena pública, colaborando para a formação da autonomia pública, mas também quando cria, mantém e aperfeiçoa mecanismos institucionais ordinários que, na ausência de possibilidade de uma manifestação direta, concede espaço ampliado para a manifestação de grupos representativos dos diversos segmentos sociais. Nessa linha, a garantia não deve ser restrita aos ambientes institucionais-formais, mas também no espaço público não-institucional, reforçando por meio de leis e atos administrativos as garantias fundamentais de liberdade (expressão, de pensamento, de associação, manifestação, etc).

Assim, também deve se exigir, no âmbito da dimensão jurídico-formal o aprimoramento permanente das instituições por meio de procedimentos que garantam a certeza de que a norma se submeteu a critérios racionais e imparciais na sua feitura, facilitando a que os membros das sociedades modernas e pluriculturais tenham acesso formal e material a melhores condições de participação.

Neste sentido, apenas com o intuito de exemplificar, citamos: a importância das casas Parlamentares (e, sempre repetimos, seu imenso valor simbólico), das eleições diretas e constantes, o uso de mecanismos como referendo, plebiscito, iniciativa popular de lei (entendendo que por maior razão deva ser estendida a possibilidade de iniciativa popular de emenda à constituição), dos mecanismo de participação ampliada por grupos e cidadãos em comissões executivas e, evidentemente, em tempos de judicialização da política, mecanismo de concessão de voz à sociedade nos litígios em que estejam presentes temas de alto interesse social (o *amicus curiae* e as audiências públicas são exemplos de grande avanço no processo), com a superação da ideia dos juízes-sábios.

7.3.2 A legitimidade em sua vertente fática

Se por um lado é importante que o Estado viabilize instrumentos de ordem jurídico-formais que potencializem a legitimidades do sistema e suas emanções normativas, por outro lado é razoável manter a expectativa que esses mecanismos facilitadores do diálogo público tenham eficácia.

Assim, a legitimidade em sua vertente fática se expressa na percepção de que o processo comunicacional entre os agentes da cidadania está aberto ao

diálogo entre os diversos atores sociais, mas principalmente que as ordens emanadas pelo poder público estão vivamente contaminadas pela atuação da sociedade civil.

Cumpra lembrar, que é pressuposto fundamental o fato de estar a legitimidade fundamentada em um liame psicológico que liga a norma e o seu destinatário, no qual o assentimento a estas normas advém de uma adesão interna, que faz com que o respeito às mesmas configure uma escolha livre e consciente por parte daqueles a quem ela é dirigida, seja qual for o fundamento da crença que move o estado volitivo destes atores sociais. Assim, é possível que mesmo em situações nas quais a norma explicita consequências imediatas negativas aos destinatários, estes a cumpram, não por temor às naturais sanções previstas no corpo normativo, mas por uma imposição interna sua, de raiz psíquica.

Essa hipótese levanta a questão de uma figura jurídica criada recentemente no sistema jurídico brasileiro, por intermédio da Lei 9.868/99 e que afirma que a manipulação dos efeitos naturais da inconstitucionalidade podem ser modulados por razões de segurança jurídica, mas também em razão de excepcional interesse social. Este último conceito nos interessa mais profundamente, já que, em geral, ele pode configurar situações fáticas que gerem a necessidade de aplicação de normas impopulares.

Assim é possível imaginar que o excepcional interesse social não obtenha adesão, mas ainda assim permanece sendo um interesse de excepcional relevância. Voltaremos a este ponto incontornável para nossos interesses.

Nessa via, é possível que a dificuldade de obtenção de adesividade ao conteúdo da norma pelo Estado coloque por terra a ideia que afirma que adesão interna é pressuposto incontornável de um juízo de legitimidade, pois discursivamente pode-se demonstrar a irracionalidade da não adesão aos comandos normativos, pois no limite pode uma comunidade rejeitar por completo algo que lhe seja favorável, ou mesmo vital.¹⁴⁴⁵

Assim, embora com um desgaste muito superior àquele que normalmente se tem para adquirir consentimento para circulação da norma no meio

¹⁴⁴⁵ Um exemplo que pode ser dado é o da Revolta da Vacina ocorrida na cidade do Rio de Janeiro entre os dias 10 e 16 de novembro de 1904. A principal causa foi a campanha de vacinação obrigatória contra a varíola, realizada pelo governo brasileiro e comandada pelo médico sanitário Dr. Oswaldo Cruz. A grande maioria da população, formada por pessoas pobres e desinformadas, não conheciam o funcionamento de uma vacina e seus efeitos positivos. Logo, não queriam tomar a vacina.

social, a verdade é que, ainda assim, é a adesão interna dos destinatários (que mesmo contrariados assumem a posição de que o seu descumprimento pode recrudesce os danos), ou da maior parte deles que evita que o sistema político entre em colapso.

Observemos que esta é uma situação diversa, pois aqui há a utilização de uma racionalidade pragmática, calculadora, que mede os benefícios e malefícios do não cumprimento, concluindo o cidadão que o abandono ao cumprimento normativo é solução mais deletéria do que aquela que impele ao cumprimento. O que se considera adesão, neste sentido, não é um ato de satisfação com a norma, mas sim um ato de concordância de que a norma em comento é a melhor das alternativas oferecidas.

De qualquer forma, gerou-se neste sentido, um enorme desgaste ao poder público, não apenas por ter que usar de todos os meios discursivo-rationais e comunicacionais para comprovar ser a solução prevista na norma sob xeque aquela que melhor atende o interesse público, mas também, estar pronto a se utilizar-se dos meios estritamente legais de um Estado Constitucional de Direito contra aqueles que ainda se opuserem ao cumprimento. A vertente fática da legitimidade se expressa na ocorrência do fato almejado. De nada adianta que o sujeito adira internamente à norma, mas não a realize. A vertente fática está preocupada com a aparência externa, e nesse sentido, com a eficácia social.

7.3.3 A legitimidade em sua vertente valorativa

Chegamos a um ponto fulcral. Se valor pode ser definido como tudo que é bom, é nossa convicção que a legitimidade configura um predicado que, sem dúvida, transfere valor para qualquer objeto a que se refira. No caso em tela, que estamos analisando a perspectiva jurídica, temos que entender que a legitimidade não se refere, em plena era hipermoderna, a um atributo que ateste conteúdo moral positivo à norma, embora seja natural que assim ocorra na maior parte das vezes. O que a legitimidade de um Estado de Direito Constitucional almeja é estabelecer de forma efetiva aquele liame entre o cumprimento da norma e a adesão consciente e autônoma do sujeito a qual aquela se destina.

Neste sentido, embora seja melhor autonomizar os conceitos, mas a verdade é que a legitimidade muito se aproxima da ideia de valor a partir de uma visão destrancedentalizada de justiça e moralidade. Podemos imaginar que a adesão é um

dos mais desejáveis valores que uma norma pode possuir, porém, no limite, é possível pensar que a adesão ocorra por força, por exemplo, de um imperativo categórico à Kant, em que o sujeito se veja obrigado internamente a seguir a regra, mesmo que lhe pareça profundamente injusta. Não estamos a falar de temor às sanções externas estabelecidas pelo Estado, mas de uma inclinação interna do sujeito que, como Sócrates, em Críton, entende ser melhor sofrer a injustiça do que violar as leis da pólis.¹⁴⁴⁶

Cabe observar que a legitimidade pode ser medida em graus sobre dois planos. No plano subjetivo, pode ela traduzir uma adesão interna da maior ou menor parte do corpo social, enquanto no plano objetivo ela pode conseguir uma adesão em grau muito alto, ou mesmo baixo grau (em normas cujo conteúdo normativo beire à indiferença).

Nesta linha, normas de direitos fundamentais, por exemplo, contém, por uma série de razões a que fizemos referência no Capítulo 5, um conteúdo ético-axiológico amplíssimo e por isso o grau de adesão dos atores sociais aos seus comandos é muito alto. No âmbito de nossa cultura, é pouco provável que a infringência normativa a uma cláusula de direitos fundamentais consiga ser considerada legítima. Porém, a hipótese de uma norma que tenha alta adesão interna e fira cláusula de direitos fundamentais é plenamente imaginável. O aumento da violência no Brasil faz com que em momentos críticos haja clamor popular por pena de morte ou mesmo uso da tortura. Por esta razão, entendemos que a legitimidade, nos termos da compreensão acima esposada, não transfere imediatamente valor à norma em análise.

Feita essa consideração, tendemos a firmar que a norma é legítima se as dimensões jurídico-formal, fática e valorativa lhe concedem esse atributo. Embora o ponto central do reconhecimento seja a adesão interna, o fato é que esta só é adquirida com a colaboração das três dimensões. Não há que se falar em legitimidade de norma sem a explicitação fática da sua eficácia social, pois esta é o dado mínimo observável do fenômeno: o respeito à norma. Mais difícil é certificar-se da dimensão valorativa, pois que essa depende daquele traço psicológico que está no campo da subjetividade e, por vezes, nem mesmo o destinatário da norma tem a consciência sobre o motor que o impulsiona ao cumprimento: a sanção a ser imposta pelo Estado ou sua adesão interna.

¹⁴⁴⁶ PLATÃO, Críton, 50.

No que se refere à dimensão jurídico-formal, a verdade é que quanto mais democrática é a participação do destinatário, quanto mais é respeitada a soberania popular e a vontade geral, quanto mais os mecanismos institucionais demandam a participação crítica e reflexiva dos destinatários, mais uma norma tende a se legitimar. Para tanto, há de se criar procedimentos e, principalmente, aperfeiçoar aqueles que já existem e que facilitem esse processo.

Para fins de exemplificação, podemos fazer algumas comparações é mais fácil determinar um juízo de ilegitimidade de uma medida provisória, ato do Presidente, do que, por exemplo, uma lei que passou pelo rito procedimental imposto pelo Congresso Nacional. Na mesma linha, é mais fácil atribuir um juízo de ilegitimidade a uma lei ordinária de iniciativa de uma das Casas do Congresso nacional do que a uma norma que teve sua origem por iniciativa popular. Ainda insistindo com exemplos: é mais difícil questionar a legitimidade de uma decisão do STF que tenha tido a participação de *amici curiae*, ou em que houve audiência pública do que aquelas que não tiveram essas participações de representantes da sociedade e das organizações sociais.

De toda forma, o juízo de legitimidade obtido configura um valor, ou seja, o que se extrai da análise ponderando as dimensões da legitimidade e concluindo que a norma é legítima configura fundamentalmente um juízo de valor. Ora, um juízo de valor pode ser medido em graus, e por intermédio de uma avaliação ponderada pode-se chegar a uma constatação de legitimidade (que pode se dar em graus diversos) ou mesmo a uma conclusão de ilegitimidade que terá clara repercussão no juízo de validade da norma. Assim, sob esta perspectiva cabe analisar em que sentido o juízo de legitimidade da norma pode afetar o juízo de validade /constitucionalidade. É o próximo passo.

7.4 O retorno à técnica de validação pela sistematicidade

Chegamos aqui a mais um ponto importante, sob a perspectiva metodológica, do desenvolvimento do trabalho e que tem por pretensão servir como linha condutora para uma nova compreensão do fenômeno da invalidade normativa (no âmbito da constitucionalidade) a partir de um juízo de legitimidade/ilegitimidade. De acordo com o que analisamos a procura por um conceito de validade sob uma ótica sistêmica, por razões de natureza metodológicas, foi por nós examinada nos Capítulos 3 e 4 a partir de uma subdivisão do fenômeno normativo em dimensões, as

quais denominamos por “validades específicas”, mesmo reconhecendo a unidade do juízo a ser obtido, retirado da díade constitucionalidade/inconstitucionalidade.

A questão que exsurge é a seguinte: qual a repercussão da obtenção de um juízo de legitimidade/ilegitimidade no âmbito da validade (sistêmica)? O tema comporta algumas complexidades, mas deve se voltar a alguns dos pressupostos presentes nos Capítulos 3 e 4.

Como uma primeira regra estabelecida, afirmamos no Capítulo 3 que deveríamos nos afastar da ideia de que qualquer uma das dimensões (jurídica, fática ou ética) pudessem ser consideradas, aprioristicamente, preponderante em relação às demais. Isto em razão de que uma análise mais aprofundada do tema mostrou que as três esferas da validade, podendo ser analisadas de forma independentes entre si - ainda que se contagiem umas às outras de forma incontornável -, apontam para resultados que devem demandar mais do que uma análise simplista do tipo “tudo ou nada”.

Aliás, deve se ter em vista que a conclusão de um juízo de validade em cada uma das esferas analisadas representa um valor ao sistema. A título de exemplo, podemos afirmar que um juízo de valor positivo em relação à validade formal representa que o valor segurança foi observado. A norma que foi seguida garantiu os efeitos almejados, e isso é positivo.

Como vimos anteriormente, a validade na sua forma sistêmica pode ser reconhecida mesmo quando não obtido um dos juízos de validade parcial, o que nos leva a entender que é possível haver matizações, sendo plausível considerar, por exemplo, que a constatação da invalidade formal, não necessariamente leva a norma a um juízo sistêmico de invalidade (inconstitucionalidade). Em um processo de natureza argumentativa, o fator fundante para determinar a validade da norma, ainda que em caráter excepcional, como vimos, é o grau de importância material dos valores que a suportam.

Sendo a concepção de validade ética ou axiológica, uma espécie obtida a partir de uma ponderação entre os valores e os desvalores que potencialmente a norma primária pode infiltrar no sistema jurídico-constitucional, há uma possibilidade binária de se obter o juízo sobre a validade específica ética: ou a mesma é justa e por isso detentora desta validade específica ou é considerada injusta e, nesse caso, é considerada inválida sob essa perspectiva. Como vimos anteriormente, o juízo de constitucionalidade/inconstitucionalidade é resultado da

ponderação entre o conteúdo material de valor positivo e o conteúdo material negativo (desvalor), referenciados pelo parâmetro axiológico imposto pela sistema constitucional.

Então, para que um possível resultado negativo seja inferido, os valores que sustentam a permanência devam ceder diante daqueles que suplicam pela sua retirada. Foi o que observamos nos Capítulos 3 e 4. Neste linha, e assumindo posição estabelecida em Habermas, informamos que a ordem jurídico-constitucional brasileira, no seu papel de proteção ao sistema deve tanto preconizar o respeito aos valores humanos e sociais dos indivíduos e da sociedade a que se destinam as normas por ele veiculadas, como também, e não de forma hierarquicamente inferior, proteger os direitos inerentes à autonomia pública, no âmbito da salvaguarda do valor simbólico inafastável para as democracias modernas que é a de ser o povo soberano.

Nesse sentido, no bloco de formação do que chamamos de validade ética parcial, o peso a ser concedido pelo valor “legitimidade” no processo de ponderação entre os valores e desvalores veiculados pelas normas é tão expressivo quanto por exemplo, o valor liberdade. Vale lembrar, que a autonomia pública e a privada são as duas faces do Estado Constitucional de Direito, sendo que a legitimidade vincula-se fortemente à primeira das autonomias já que a legitimidade é tão mais proeminente quanto maior é a participação do cidadão.

Muito embora tenhamos optado por uma linha não-positivista de Direito e, portanto, entendendo que a dimensão ética passa a ter uma importância essencial no sentido de aproximar, tanto quanto possível, a realidade normativa do projeto moral construído e experimentado dinamicamente pelo corpo social (inclusive paulatinamente incorporando à consciência coletiva), a verdade é que, ainda assim, é possível imaginar situações em que o resultado de uma invalidade ética específica não é suficientemente forte para levar à derrocada da norma por intermédio de sua invalidação sistêmica.

Neste ponto procuramos manter coerência com o que foi afirmado no decorrer dos Capítulos precedentes, na linha defendida por Dworkin e Alexy, quando afirmam que algum grau de injustiça é passível de ser aceito. Como se sabe, o processo de ponderação pode apresentar um “jogo” equilibrado de forças, o que nos leva a inferir que aquela norma produz menos benefícios do que malefícios. Porém, há de se admitir que este resultado (que não deve possuir a marca da obviedade de

uma justiça teratológica) ainda deve entrar em confronto com os valores que são produzidos pelas outras dimensões normativas.

Recoloquemos uma hipótese ventilada no Capítulo 3, agora sobre a base dos argumentos da legitimidade: há uma norma legal com “defeitos materiais” inequívocos que a leva a um juízo de inconstitucionalidade. Todavia ela vinha sendo respeitada pelo corpo social em razão deste enxergar a imprescindibilidade de sua aplicação, ou mesmo, por entender que os efeitos amargos seriam necessários para que viesse a se evitar o pior. É possível afastar de plano a possibilidade de validar uma norma nestas circunstâncias?

Reiteramos que a hipótese ventilada está repleta de lacunas somente passíveis de serem preenchidas por meio de um caso um concreto. Todavia, evidenciado um típico caso difícil, serve-nos os poucos dados apresentados como exercício de análise. Teríamos, em relação ao Capítulo 3 novos elementos a serem destacados, não no caso em si, mas na análise a ser realizada. Nossa intenção, agora, é jogar luzes sobre o fato de o grupo ter aderido ao comando normativo irregular, tendo por pressuposto que, somente assim, ultrapassar-se-ia a situação que se procura solucionar, ou mesmo atenuar a sua repercussão. Caracterizada essa adesão interna em alta escala (e estamos assim supondo), seria possível ventilar a permanência da norma?

Um positivista, por coerência diria que não, pois o comando estaria violando o parâmetro constitucional e, além disso, a própria teorização que circunda a visão positivista não prevê instrumentos para a salvaguarda de normas inválidas. Porém, parece-nos razoável entender que seja possível, no mínimo, imaginar a hipótese de que o juízo de legitimidade possa aumentar o grau de valor da norma, de forma a adiar os efeitos da inconstitucionalidade, auxiliando argumentativamente para a formação de elementos que conduzisse o órgão decisor¹⁴⁴⁷ a um juízo de constitucionalidade sistêmico.

Nesse caso, poderíamos imaginar que os efeitos jurídicos poderiam vir a ser salvaguardados independentemente da irregularidade do comando, imaginando que o citado vício não gerou nos destinatários um juízo de reprovabilidade pela manutenção da norma no sistema. Pode-se ventilar a hipótese de que o

¹⁴⁴⁷ No caso brasileiro, somente o STF pode modular os efeitos da norma declarada inconstitucional, conforme o art. 27 da Lei 9.868/99 e o Art. 11 da Lei nº 9.882/99. Também em sede jurisprudencial (RE 353657/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 18.4.2007. (RE-353657) e RE 370682/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, 18.4.2007. (RE-370682)) já se tem entendido que é possível modular os efeitos da norma inconstitucional (conforme afirma o STF), que entendemos apenas em desconformidade com a constituição.

reconhecimento dos efeitos produzidos se dá sob o argumento de que a norma só ultrapassou a fronteira da inconstitucionalidade em momento posterior, por exemplo, no momento da decisão proferida.

Aproveitando para ir mais a fundo no caso, alteremos a hipótese. Digamos que o nível de convicção dos destinatários não fosse grande, percebendo-se uma fraca adesão interna à norma. Somente no caso concreto teríamos como aferir sobre o reconhecimento de um juízo de constitucionalidade (a partir do método da validação sistêmica), mas já podemos afirmar que as chances na hipótese do primeiro exemplo, impulsionada pelo argumento da adesão convicta (formação de um juízo de legitimidade em grau elevado)¹⁴⁴⁸ dos destinatários geraria, certamente, muito maiores chances de se obter uma decisão de reconhecimento dos efeitos produzidos, nos limites da modulação dos efeitos.

De toda forma, é sempre bom reafirmar, qualquer alteração em qualquer uma das dimensões que entram no processo de ponderação, altera as linhas argumentativas a serem desenvolvidas pelo decisor no processo de produção de um juízo de constitucionalidade/ inconstitucionalidade. Assim, o que se pretende é conceder um método em que se explicita as linhas argumentativas que justifiquem a decisão. Mais: entendemos que o critério de legitimidade deve sempre ser enfrentado pelo órgão decisor, no caso, o STF.

Isso gera não apenas maior transparência no processo decisório, como auxilia a contrapor as fortes críticas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal em relação ao ativismo jurídico e, conseqüentemente, a ausência de autocontenção no seus atos jurisdicionais. Porém, passados quase 15 anos da entrada em vigo da Lei 9.868/99, que cristalizou a modulação dos efeitos de normas desconformes e bem assimilada pelo campo jurídico brasileiro, entendemos ser possível dar novos passos. É o que veremos no tópico a seguir.

7.5 O retorno ao legislador

Embora muitas das críticas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal quanto a sua postura ativista e em relação à judicialização excessiva da política sejam

¹⁴⁴⁸ Como dissemos, a legitimidade acaba por configurar um valor e será avaliada primeiramente entre os valores e desvalores que estão em embate no âmbito da discussão sobre a validade parcial ética. Nesse sentido, como já foi dito, o seu peso é determinante para um juízo de validade parcial ética. Após, será realizado mais uma ponderação entre as três validades parciais (ética, jurídica e fática) de onde se extrairá um juízo de validade sistêmica (constitucionalidade) ou de invalidade (inconstitucionalidade).

contra-argumentáveis, conforme acima exposto, a verdade é que elas, por si só, geram alguns efeitos: o primeiro é de estimular uma postura autocontentora por parte do Supremo; o segundo, é começar a movimentar as instituições no sentido de criarem instrumentos institucionais que reduzam as áreas de atrito entre os poderes.

Isto tem o condão não apenas de garantir o avanço democrático, mas também sinalizar para a sociedade que, salvaguardada as matérias intangíveis às decisões majoritárias (e reiteramos que a maioria não pode tudo poder), a vontade popular deve prevalecer, seja pela sua explicitação direta, seja pela ordinária ficção da representação que, reiteramos, é um dos grandes esteios do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, e retomando as últimas palavras do ponto anterior, ultrapassada as desconfianças geradas no momento de assunção do sistema de modulação dos efeitos de normas desconformes e, que acabou sendo bem recebida pelo mundo jurídico brasileiro, é possível ir mais avante.

A proposta que se segue, que denominaremos como “retorno ao legislador” é, não apenas um útil instrumento para o desenvolvimento das técnicas de jurisdição, mas principalmente um apelo à aproximação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, com real possibilidade de atuarem em conjunto no processo de saneamento do sistema normativo-constitucional.

O que almeja a técnica sugerida é que, constatada a desconformidade de norma subconstitucional, avaliado os possíveis efeitos deletérios de sua permanência no sistema, conceda-se uma oportunidade ao legislador de corrigir o defeito, saneando a norma e o sistema, sem que a mesma precisasse ser expurgada do sistema pela declaração de inconstitucionalidade.

Não se trata de novidade nem mesmo no Brasil, pois o efeito *pro futuro* tem exatamente essa consequência e como vimos vários outros o adotam.. A novidade estaria em conceder uma denominação (“retorno ao legislador”) que acentuasse o caráter de legitimidade do representante parlamentar como reconhecimento de seu papel institucional. Ao corrigir a irregularidade por ele próprio ocasionada, no ato de exercício de sua competência mais significativa, que é a de produzir as normas para o sistema, assumiria ele a corresponsabilidade pela correção do ordenamento jurídico. Nessa circunstância, a Suprema Corte brasileira atuaria verdadeiramente em seu papel de fiscalizador da higidez sistêmica, em claro sinal de autocontenção.

Na eventualidade de não ser a norma corrigida no prazo estabelecido, suportaria o dispositivo¹⁴⁴⁹ em xeque os efeitos da passagem de um estado de constitucionalidade para um de inconstitucionalidade. Porém, a inação do Parlamento à “devolução ao legislador” poderia ser observada de duas formas: a) ou caracterizaria um silêncio eloquente, demonstrando seu desinteresse na manutenção da norma no sistema; ou b) caracterizaria desídia na sua atuação. De toda forma, estaria preservada a imagem de respeito à ordem democrática.

A assunção de uma técnica desta espécie possui um caráter simbólico que vai além das meras vantagens instrumentais para o sistema. Mantém o equilíbrio entre poderes, atua no aperfeiçoamento do regime democrático em suas vertentes formal e substancial, bem como reforça a ideia de complementariedade entre as autonomias pública e privada, ideia central do Estado Democrático de Direito, seja na sua vertente constitucional, seja na sua vertente parlamentar.

A processamento a ser usado, ou seja, o *iter* a ser seguido, em nada se altera da sistemática apresentada nos Capítulos 3 e 4, além daquela que fizemos neste próprio, quando acrescentamos o juízo de legitimidade como elemento participante do processo de ponderação para verificação da validade sistêmica. Porém, uma coisa parece clara: a permanência da norma e o uso da técnica da “devolução ao legislador” só poderá ser utilizada nos casos em que a permanência da norma gere grau de risco irrelevante ao sistema e que os valores que sustentam sua permanência sejam em grau elevado a ponto de ignorar a existência de norma defeituosa (mas, lembramos, ainda constitucional) no ordenamento.

Cabe lembrar, no entanto, que a preservação do equilíbrio entre poderes, somada à potencialização do caráter de legitimação que concede o “retorno ao legislador”, por si só apresentam uma carga axiológica de tal ordem, que incentiva a que a técnica seja experimentada de forma mais ousada. É de se recordar que no momento em que a técnica da modulação de efeitos adentrou no sistema normativo brasileiro pela via legal, não foram poucos os juristas que pediram moderação em seu uso.

Nos dias atuais, não é incomum encontrar em sede doutrinária críticas formuladas ao Supremo pela não utilização da técnica da modulação de efeitos em casos os mais díspares possíveis. Por essa razão, entendemos que o Supremo

¹⁴⁴⁹ Evidentemente estamos pensando na declaração de inconstitucionalidade de texto normativo com sua retirada do sistema, pois a declaração de inconstitucionalidade de norma sem redução de texto não teria seu elemento textual expurgado do ordenamento.

Tribunal Federal tem a oportunidade de dar um passo eminentemente representativo em direção a uma postura de autocontenção, compartilhando com o Parlamento as responsabilidades no processo de saneamento do sistema.

Evidentemente, que a prorrogação de efeitos não é regra em nosso sistema desde a gênese do controle judicial de constitucionalidade. Seguindo o modelo americano, instaurou-se a regra de concessão de eficácia *ex tunc* como natural efeito da norma inconstitucional. Porém, a prática hodierna vem demonstrando que a utilização da eficácia *ex tunc* como dogma tende a ser, pouco a pouco, suavizada.

Por fim, pensar soluções na direção do (neo)constitucionalismo não é mais aderir a modismos, mas sim preparar-se para a realidade de uma nova concepção que vai ganhando a hegemonia no sistema jurídico brasileiro, evitando-se as esquizofrenias típicas de um momento de alteração paradigmática.

Conclusão

Como nossas assunções e crenças estão abertas a uma interrogação permanente, as conclusões deste ensaio não possuem, admitimos, qualquer estatuto especial. Significam tão somente marcos e sinalizações de um percurso, que levam a novas investigações.

Por uma questão sistemática, preferimos externar reflexões conclusivas por Capítulos, procurando preservar o caráter organizatório das ideias.

Capítulo 1

Consideram-se como elementos pressupostos inafastáveis em qualquer processo de definição da constitucionalidade/inconstitucionalidade, não apenas a necessária construção de um modelo teórico que mantenha clara conexão com alguns do que consideramos alicerces fundamentais de qualquer sistema jurídico:

- a) Um modelo teórico-filosófico hegemônico no qual se devem alinhar os órgãos julgadores no momento de decidir a questão jurídica suscitada.
- b) Respeito às referências histórico-culturais imediatas e, mediatamente, à história e a cultura na qual esta tradição particular se situe em um âmbito mais amplo – no caso brasileiro, a tradição ocidental.

Não é possível reconstituir uma ordem jurídica desvinculando-a de suas bases intelectuais e culturais tradicionais, o que nos obriga, em primeiro plano, a reconhecer alguns de seus códigos, inscritos em suas raízes histórico-culturais.

O peso da tradição histórica de uma ordem jurídica e o peso desse processo de hibridismo, quando bem ponderados, podem conduzir a um resultado otimizado, contribuindo no processo de demarcação mais exata daquilo que podemos considerar como uma visão teórico-filosófica do sistema constitucional brasileiro.

O sistema jurídico brasileiro está submetido a um processo de hibridismo, no contexto do processo global de hibridização por que passam todas as ordens jurídicas modernas de sociedades complexas.

De maneira geral, essa tendência de mesclar pensamentos conciliando posições rivais, ao extrair formas impuras que melhor se adéquam à específica realidade, longe de ter estabelecido uma maneira inadequada de desenvolver o saber (jurídico inclusive), parece ser a fórmula estabelecida pela *intelligentsia* brasileira para recepcionar e “legitimar” as teorias advindas dos grandes centros de produção intelectual.

Como já tivemos a oportunidade de falar anteriormente, é espinhosa a tentativa de estabelecer a organização da evolução do pensamento jusfilosófico brasileiro, pela ausência de seriação entre o que produziu uma geração e o que foi produzido pela geração subsequente.

Kelsen - seja pelas linhas teóricas que ainda servem de marco para se pensar o direito, seja pela concepção metodológica e ideológica, que tanta polêmica ainda causam, o que realmente é gerador de estranheza é o fato de que, apesar de ser Kelsen um autor de referência (no sentido mais amplo que o termo possa ter), não há uma defesa integral das suas posições no Brasil.

O positivismo analítico ganhará bastante espaço e influência em terras brasileiras, a partir da segunda metade do Século XX (principalmente com Kelsen e Norberto Bobbio), terá sempre que acomodar-se diante da necessidade de conviver com o positivismo empírico, de cariz sócio-histórico,

A superação da hegemonia epistemológica do naturalismo jurídico-sociológico é a tese de teor culturalista produzida por Miguel Reale, no começo da década de 1940, onde molda e sistematiza uma visão tridimensional do direito, baseada na relação entre as dimensões “fato” (sociologismo), “valor” (idealismo) e “norma” (formalismo). Em maior ou menor grau, essa concepção foi abraçada por um grande número de pensadores de destaque, subdivididos em diversas rubricas que se concentram em torno de uma vertente.

O Culturalismo encontrou no Brasil sua máxima relevância nesta linha de pensamento paradigmático de Miguel Reale que, sem abdicar de conquistas positivistas e jusnaturalistas, busca uma visão jurídica mais abrangente -- o fato de que o tridimensionalismo não apenas representa uma corrente filosófica que se adequa ao quadro híbrido do pensamento brasileiro, tomando-lhe a essência a partir de uma estrutura epistemológica consistente.

A recepção das posições neoconstitucionais, não se caracteriza como uma importação acrítica e deslocada. Pelo contrário, conceber o neoconstitucionalismo - como concepção pós-positivista que tem a constitucionalização do sistema como ideia central- como uma formulação teórica, parece adequar-se coerentemente à realidade e tradição do direito brasileiro, principalmente se for alinhada às propostas formuladas por Miguel Reale.

Embora advoguemos pela tese de que uma concepção “culturalista”, nas linhas aqui apresentadas, encontre-se como a mais adequada para contaminar qualquer uma das concepções jus-teóricas contemporâneas que busquem o papel de hegemonia no sistema jurídico brasileiro, a verdade é que é voz corrente que o sistema brasileiro vem sendo dominado nos últimos tempos, por concepções de cariz juspositivista, embora fortemente acossadas pelas denominadas linhas neoconstitucionais. Não apontam apenas para o juspositivismo empírico a que fizemos referência, mas também para posições positivistas analíticas, recepcionadas em razão do grande destaque recebido em algumas das escolas estrangeiras que mais influenciam o quadro jurídico brasileiro.

Capítulo 2

Por essa razão, o modelo hegemônico em um sistema, seja ele qual for, embora predomine sobre os demais concorrentes, não os elimina de todo, em um quadro de hibridismo no qual não se ausenta um *overlapping consensus*.

A frustração em relação ao valor central em que se explica e justifica o positivismo, ou seja, a segurança jurídica.

Constatação de que categorias básicas de forma de conhecimento positivista - a racionalidade e o sistema único, unitário, coerente e pleno – são construções dogmáticas artificiais, próprias de uma epistemologia cientificista e logicista que constrói uma realidade lúdica para teóricos, mas alienada da verdadeira consistência do fenômeno jurídico;

A incapacidade do conceito de validade jurídica para conceder suporte a uma série de situações hodiernamente comuns, tais como: exigências de

adequação dos conteúdos legislativos aos conceitos normativos materiais constitucionais;

Proliferação interna e externa de focos de produção normativa;

Bem como “reformulações normativas”, exercidas mediante interpretações e --aplicações dinâmicas promovidas pelos juízes no exercício de suas atividades, principalmente quando operam com os princípios jurídicos, em virtude da aptidão desta espécie normativa para possibilitar maiores exercícios hermenêuticos;

A quebra da onipotência legislativa em razão da falta de efetividade e eficiência dos poderes legislativos e seus sistemas para exercerem suas funções;

A renúncia da lei as suas fundamentais dimensões de generalidade, estabilidade e permanência, fenômeno que contribui para certa confusão no exercício dos poderes executivo, legislativo e judiciário;

Ausência de equilíbrio entre as dimensões formal e substancial que compõem o princípio de justiça, com concessão desproporcional de privilégio para a dimensão formal – fundamentalmente por meio da exaltação do valor segurança -, abdicando de oferecer bases teórico-axiológicas aos julgadores nos casos em que o legislador ordinário não concede solução para os casos concretos, o que acaba por abrir perigoso espaço para a decisão subjetiva e arbitrária.

Caracterizam o pensamento neoconstitucional como concepção teórico-filosófica do direito, construído em torno às bases constitucionais do sistema: a) onipresença da constituição em todas as áreas do direito e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de espaços livres em favor da opção legislativa ou regulamentadora; b) onipresença judicial no lugar de autonomia do legislador ordinário; c) coexistência de uma constelação de valores tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si; d) mais princípios do que regras e) mais ponderação que subsunção; rigidez constitucional, garantia jurisdicional da constituição; f) força vinculante da constituição; sobreinterpretação da constituição (a possibilidade de se extrair da constituição inúmeras normas implícitas para regular qualquer aspecto da vida social e política); g) aplicação direta das normas

constitucionais; interpretação das leis em conformidade com a constituição e influência das constituições sobre as relações políticas.

O neoconstitucionalismo reconecta direito e moral, seja a partir do argumento acerca da tese da co-originalidade entre esses (direito e moral), seja pela defesa do papel corretivo que a moral passa a assumir nesse novo modelo. Poder-se-ia dizer que se trata de uma conexão contingente (defendida pelo positivismo inclusivo) em razão da Constituição de 1988 trazer em seu corpo normativo de regras e princípios conteúdo com alta carga axiológica.

A cultura do hibridismo, ou mesmo de certo sincretismo jurídico, foi se consolidando e as influências foram, de toda forma, recebidas no decorrer do tempo.

Mesmo que a dificuldade de se fazer um inventário de todas essas influências seja notória, de forma genérica o tridimensionalismo jurídico realeano consegue, a nosso ver, de forma bastante séria, consequente e eficaz, traduzir teoricamente essa característica do pensamento jurídico brasileiro. Concilia ele, a partir da teoria culturalista, a dimensão axiológico-moral da chamada experiência jurídica (característica, a nosso juízo, marcante no pensamento brasileiro desde o Brasil português) com as influências da dimensão técnico-jurídica, representada, principalmente, pelas inserções do positivismo normativistas kelseniano e do sociologismo presente nas correntes positivistas empiricistas, tão marcantes no Brasil.

O Neoconstitucionalismo é uma concepção necessariamente tridimensional, por explicar o fenômeno jurídico por meio das dimensões normativa, valorativa e fática.

A dialeticidade e dinamicidade pensada pela Teoria Tridimensional de Reale é não apenas compatível com o processo de ponderação de valores proposto pelo neoconstitucionalismo, mas é uma realidade ainda mais necessária no mundo contemporâneo do que havia sido no momento da elaboração da teoria por Reale.

Assim, o neoconstitucionalismo é, como concepção do direito, também ele estruturado para se relacionar com um mundo mutante. A própria teorização circunstancial ao neoconstitucionalismo (que para fins analíticos denominamos anteriormente de neoconstitucionalismo teórico) possui poderosos instrumentos, seja no que se refere às novas teorias normativas, seja nas teorias das fontes, para correlacionar de forma dinâmica e dialética (tensional) as dimensões valorativa e fática de forma a se alcançar a norma.

Uma das mais distintivas características do neoconstitucionalismo, como concepção filosófico-jurídica, é estar apto a buscar soluções jurídicas válidas e legítimas em um ambiente social e normativo no qual convivem valores conflitantes, sem que isso seja uma desvantagem, mas uma das virtudes do sistema.

O neoconstitucionalismo constitui-se em um novo paradigma que enfatiza duas posições teóricas cuja força é crescente nos sistemas constitucionais contemporâneos: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional.

Nesse sentido, enumeramos, então, de forma sintética, algumas das características que acabam por pressupor um núcleo fundante de ideias que caracterizam o pensamento neoconstitucional como concepção teórico-filosófica do direito, construído em torno às bases constitucionais do sistema. São elas:

a) onipresença da constituição em todas as áreas do direito e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de espaços livres em favor da opção legislativa ou regulamentadora;

b) onipresença judicial no lugar de autonomia do legislador ordinário;

c) coexistência de uma constelação de valores tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si;

d) mais princípios do que regras;

e) mais ponderação que subsunção; rigidez constitucional, garantia jurisdicional da constituição;

f) força vinculante da constituição; sobreinterpretação da constituição (a possibilidade de se extrair da constituição inúmeras normas implícitas para regular qualquer aspecto da vida social e política);

g) aplicação direta das normas constitucionais; interpretação das leis em conformidade com a constituição e influência das constituições sobre as relações políticas.

Capítulo 3

O Realismo jurídico, além da força sancionatória e da eficácia, os realistas escandinavos observam outra dimensão no Direito: “a dimensão psicológica”, que será ter a grande importância na configuração do conceito de legitimidade na atualidade.

Enquanto o conceito de ato normativo inexistente não tiver seus contornos delineados de forma mais precisa é preferível que não se autonomize perante a teoria da invalidade.

O ato inexistente não possui uma estrutura teórica desenvolvida no âmbito da tradição jurídica brasileira, sendo que a utilização de uma teoria da inexistência não nos parece capaz, sob uma perspectiva pragmática, de oferecer melhores soluções do que as que já oferece a teoria da invalidade.

No âmbito da análise normativo-jurídica, ou seja, o mundo do “dever ser” jurídico, os atributos possíveis são a validade ou a invalidade. Esses dois atributos possíveis acabam por manter uma relação complementar que se encerra unicamente nessas duas possibilidades. Como bem afirma Habermas, a expressão “deontológico” refere-se a um caráter obrigatório, codificado de maneira binária: normas são válidas ou inválidas. Por isso, na linha de uma respeitável doutrina, entendemos que a atribuição de validade/invalidade a uma norma pode ser analisada na perspectiva relacional de oposição. A não-validade não pode ser meia validade ou até mesmo quase-validade, mas somente invalidade.

A aproximação à linha realiana pela técnica da validade sistêmica se dá quando se considera que a norma, para ser identificada como válida, deva ser submetida a uma verificação das suas “validades parciais”, ou seja, de cada uma das três perspectivas pela qual possa ser analisado o fenômeno da validade: a validade na perspectiva técnico-jurídica (e que corresponde aos requisitos formais e materiais da validade); a validade na perspectiva social (cujo conceito aproxima-se fortemente do que a maior parte da doutrina denomina como eficácia social) e a validade na perspectiva ética (ou seja, como fundamento valorativo).

A adoção de uma concepção tridimensional de Direito aponta para o rumo que se considera correto para a compreensão acerca do significado de validade. Assim, entendendo-se que tal perspectiva não comporta isolamentos conceituais, nem dimensões imiscíveis, é que se adota o conceito de validade

segundo a qual também ela acaba por necessariamente refletir a mesma dinamicidade, dialeticidade e reflexividade a que o direito se submete.

As dimensões da validade sistêmica não são estanques, mantendo entre si fortes relações dinâmicas e dialéticas que as dimensões normativa, sociológica e ética (ou axiológica, como denominam alguns) evidenciando o caráter de inseparabilidade do todo, por exigência metodológica alertamos que o fenômeno da validade não pode ser percebido corretamente como a simples soma de suas formas dimensionais, mas sim a partir das relações que estas dimensões mantêm entre si.

Poderia uma análise desta natureza resultar em uma conclusão ou de “validade” – se reconhecidas às validades da norma em todas as suas esferas específicas - ou de “invalidade” – se, ao contrário, deixasse de ser reconhecida, ao menos, uma dessas esferas de validade, tornando a norma incompatível com o sistema jurídico. Se do ponto de vista lógico parece bastante razoável que a validade na sua forma sistêmica deva ser reconhecida tão somente quando se manifestem as validades em suas esferas específicas, e que sem a presença de qualquer uma das mesmas seria considerada inválida, parece-nos que uma análise mais vertical do problema nos levará a concluir que a solução é excessivamente simplista para a complexidade do mundo jurídico contemporâneo.

É plausível considerar que, mesmo se constatando a invalidade formal não necessariamente deve a norma sem ser submetida a um processo de ponderação, expurgada peremptoriamente do sistema jurídico. Nesse processo de natureza argumentativa, o fator fundante para determinar a validade da norma, ainda que em caráter excepcional, é o grau de importância material dos valores que a suportam, conjugado com o grau de eficácia da mesma.

A validade sistêmica, longe de ser o resultado que ajuíza a adequação das três dimensões parciais específicas, como parece afirmar Reale, deve promover uma análise dialógica entre as resultantes de cada uma dessas validades específicas (mesmo quando não é possível extrair de uma delas um resultado de validade parcial), tendo por fundamento último à própria inteligência do sistema. Mesmo que eventual vício seja identificado em uma das dimensões normativas, não necessariamente se pode concluir pela invalidade sistêmica desta norma, já que a esta não deve ser atribuída um juízo de “validade sistêmica” unicamente nas situações nas quais todas as dimensões são tidas por válidas, pois se deve buscar uma análise do fenômeno

que contemple toda a complexidade que um Estado Constitucional de Direito em tempos de hipermodernidade oferece.

Pode-se afirmar que um juízo de validade formal ou de validade material, acarretam no que estamos denominando por invalidade jurídica específica. Porém, se o vício material deve acarretar o reconhecimento da invalidade sistêmica (e a norma não poderá ter sua juridicidade confirmada), o mesmo não necessariamente deve ocorrer quando a invalidade jurídica específica é reconhecida em razão da constatação de um vício formal. Neste caso, há de se considerar a possibilidade de que as demais dimensões da validade (social específica e ética específica) possam justificar o reconhecimento da juridicidade da norma irregularmente produzida.

Capítulo 4

O que se denomina como inconstitucionalidade é a constatação pelo órgão estatal competente de ausência de compatibilidade entre a norma examinada e a constituição (norma parâmetro), o que não necessariamente significa que a mera desconformidade gere o fenômeno da invalidade sistêmica e, cosequentemente, a inconstitucionalidade.

A norma sistêmica ou genericamente válida é assim considerada pelos órgãos do poder público com competência para dizê-lo. *A contrario senso*, portanto, entendemos que a norma inconstitucional é aquela que, após ter tido como objeto de análise suas validades específicas, tem sua invalidade sistêmica ou genérica reconhecida pelo poder público.

Recusa-se a premissa de que ao ato inconstitucional – ato inválido, portanto - possa produzir efeitos jurídicos. Por outro lado, não afastamos a possibilidade de que o ato normativo subconstitucional em desconformidade, mas não incompatível com a constituição, produza efeitos.

O natural efeito da invalidade é o ato nulo e a norma inconstitucional não produz efeitos. Porém, a norma possuidora de irregularidade pode ser salvaguardada pelos valores que ainda a acompanham. E se a produção de efeitos é

reconhecida pelo direito, entendemos que não se trata unicamente pela existência de base legal, mas porque se admite que os valores que a sustentam estão a garantir suporte suficientemente forte para compensar os vícios nela identificados.

Não há de se considerar possibilidade de produção de efeitos por ato inconstitucional, mas sim a produção dos efeitos por ato que possuía suporte jurídico (ou seja, por autorização constitucional, constitucional, portanto) para, naquele momento, reconhecer a produção dos efeitos jurídicos. Havendo qualquer solução diversa da declaração de nulidade ao ato desconforme, o que se pode concluir é que houve constitucionalidade enquanto houve produção de efeitos. Isso nos leva a uma discussão que, embora deva ser travada de forma contextualizada ao caso brasileiro, encontra na doutrina alemã algumas de suas raízes e inspiração e que não pode deixar de ser abordada.

Capítulo 5

Assumem-se as seguintes formulações habermasianas: a) a percepção de que o direito, na ausência de uma moralidade “forte” - característica típica das sociedades pós-tradicionais contemporâneas -, exerce um papel de protagonismo no processo de integração social entre os membros destas sociedades; b) a visão de que o Direito, devendo responder a uma pretensão de legitimidade, não perde seu valor moral, já que deve ser ele sempre justificado; c) o reconhecimento da existência de uma relação interna entre soberania e direitos fundamentais (produzida a partir das suas co-originalidades), geradora de algumas consequências, tais como: c.1) relação de complementariedade entre as autonomias pública e privada, c.2) percepção de que Estado de Direito (s) e democracia se pressupõem mutuamente.

É tanto mais legítimo o exercício do poder pelo Estado quanto menos necessita ele se utilizar da força para a consecução dos objetivos por ele delineados. Ou seja, a legitimidade de um sistema e suas normas é inversamente proporcional à necessidade do uso coercitivo da norma secundária (no sentido hartiano da expressão).

É necessário, como diriam os realistas escandinavos, um liame psicológico que ligue a norma e seu destinatário, de forma a necessitar mais que uma

mera aderência externa por temor à sanção, uma motivação interna para o cumprimento das regras sistêmicas ou o uso do poder da violência simbólica, pois aonde mais age a força simbólica, menos se utiliza da força concreta.

A mera legalidade, *per si*, não pode ser considerada fundamento da legitimidade. Como afirmaram Ferrero e Bobbio, o elemento formal de legalidade, embora fundamental (e concordamos acerca de sua imprescindibilidade), não exaure o conceito de legitimidade, já que esta concede substância a um governo fundamentando sobre a aceitação do povo, que nasce por sentimento, tradição, tempo, por convencimento de direito divino ou mesmo pelo caráter simbólico que determinadas construções teóricas extraíveis de determinadas concepções racionais.

Não se pode retirar da legalidade os seus méritos no processo de definição da legitimidade, como propôs Schmitt com seu decisionismo, passível esse de, não apenas gerar, mas também de incentivar práticas fortemente autoritárias.

Não seriam mais a tradição ou mesmo o carisma que possuem a hegemonia no processo de justificação do poder (embora ainda mantenham essa função, mesmo que mitigada), mas sim a lei, em sua forma jurídica, que em sociedades modernas e plurais se estruturam em torno de uma lógica burocrática. Nesta direção, com afirmaria Habermas, a forma jurídica acaba por suprir, nas sociedades contemporâneas, a ausência de uma eticidade forte, tornando-se o meio de integração social por excelência.

Deve ser reconhecida a necessidade de que um sistema jurídico desenvolva-se sem se afastar de sua identidade, de suas raízes, de sua tradição. Embora isso não signifique que mudanças de norte possam trazer benefícios e avanços, a verdade é que esses benefícios e avanços só podem ser assim considerados se houver por parte dos destinatários das normas a aprovação e a adesão a essas mudanças.

Se a possibilidade do diálogo é eliminada em um procedimento comunicativo (o que por si só descaracterizaria o caráter “essencialmente” comunicacional, o discurso normativo que daí emerge se torna irracional e, em consequência, ilegítimo). Na verdade, entendemos que a legitimidade do discurso normativo não repousa em premissas procedimentais incontestáveis e absolutas, mas na garantia de confrontar posições divergentes em que a manutenção de “dogmas” se fundamente não em outro motivo que não esteja relacionado à força dos argumentos que sustentam sua própria racionalidade.

Ferrero definiu um regime legítimo, entre outras características que analisamos anteriormente, como aquele no qual o poder é estabelecido e exercitado segundo regras fixadas pela letra e espírito da lei, reforçados pela tradição. Essa posição, embora não contextualizada no âmbito da discussão teórica acerca do conceito de sociedades pós-tradicionais, tem a virtude de enfatizar o papel das tradições (ou ao menos nos chamar a atenção para a possibilidade de existência de certo compartilhamento de valores entre os membros de uma mesma sociedade). Parte-se da premissa que em sociedades nas quais o compartilhamento de valores é maior, há uma maior alívio ao direito em sua tarefa de integração social. Portanto, embora se tenha pluralidade como um valor, seu incentivo exacerbado expande as possibilidades tensionais entre os diversos grupos, gerando inequivocamente, como consequência, sobrecarga aos processos de integração a cargo do direito.

O que se tem em vista é que, embora não se desconheça que a força da tradição tenha sido bastante diluída pela multiplicação de modos de vida disponíveis aos indivíduos na chamada hipermodernidade, ela ainda se faz presente como um cimento das relações sociais construção de teorias e no processo de projeção de um determinado sentido de justiça, mas que sob uma perspectiva secular, não existe.

Por isso, mesmo que entendamos que a ampliação do processo participativo é fundamental para a definição de democracia e, conseqüentemente, de legitimação, consideramos ser necessário que a este incremento quantitativo, seja adicionado um incremento qualitativo. Assim, é necessário incentivar e criar meios para que o uso da liberdade comunicativa e participação na arena política se dê em razão, também, de um compromisso ético com a comunidade.

Ferrero evita depositar sobre o conceito de legitimidade todo o peso de uma racionalidade completa, ideal, metafísica e abstrata, evitando recorrer a uma unidade de medida hierarquizante, que estabeleça um tipo de legitimidade melhor do que outra. Essa posição parece se conformar com a posição assumida por Weber, quando o sociólogo situou legitimidade não a partir de um modelo específico ideal ou desejável, mas sim como um estudo das formas de estruturação do poder em que aqueles que sofrerão as conseqüências das normas emanadas reconhecem à autoridade de quem as emana e as segue, menos pelo temor da sanção e mais por enxergar naquela norma a emanação de um comando provindo de alguém com autoridade para fazê-lo. Por isso, entendemos que o conceito de legitimidade busca

referências na própria realidade experimentada historicamente, pois ninguém escapa das especificidades do seu tempo.

Identificamos com a posição moderada defendida por Michael Walzer, que afirma ser essencial o equilíbrio entre a comunidade e o indivíduo (posição intermediária entre o liberalismo e o comunitarismo), de forma a não se defender de forma intransigente nem o multiculturalismo, nem o individualismo, pois não se deve ser simplesmente comunitarista ou liberal, modernista ou pós-modernista, mas sim ser ora uma coisa, ora outra, conforme o equilíbrio exigir.

Assemelhando-se à linha de exame utilizada nos Capítulos precedentes é possível estabelecer uma análise tridimensional do fenômeno, subdividindo sua exploração nas dimensões normativa, fática e valorativa.

Como se pode observar, são aspectos meramente parciais de uma realidade única, que somente é subdividida em dimensões com o único intuito de aprofundar o nível de análise do fenômeno em sua completude. Daqui restam algumas intuições que serão desenvolvidas nos capítulos subsequentes: a) a legitimidade em sua dimensão fática (legitimação) pode ser medida por intermédio da análise dos institutos jurídicos que fundamentam o exercício do poder e suas emanações jurídicas, b) a legitimidade é um valor basilar da ordem jurídica, sendo imprescindível sua análise no processo de definição do juízo de validade/constitucionalidade acerca do ato estatal, disparador de sua vontade.

Capítulo 6

Há em curso um processo de influência recíproca permanente entre as diversas escolas no que se refere aos métodos de controle. O caso mais recente e mais evidente é a França. O reexame da legislação pela via judicial há bem pouco tempo atrás, poderia ser considerada uma instituição estranha às concepções francesas, principalmente se levarmos em conta os aspectos ideológicos que circundam os conceitos de vontade geral e democracia. Hoje, com a revisão de 2008, há quem considere que foi aberta uma nova página realmente nova e de desenvolvimentos em grande parte imprevisíveis.

Uma das grandes novidades que vem sendo observada no processo de controle de constitucionalidade no Brasil é o fenômeno da abstrativização do controle difuso, mormente a partir do recurso extraordinário, que passa a ser concebido como um verdadeiro instrumento de jurisdição constitucional e não simplesmente como um grau recursal de lides privadas. Por isso, o processo entre as partes, levado ao STF pela via extraordinária pode ser visto hodiernamente como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos, situação típica da jurisdição constitucional e não mera fase recursal.

Como se viu, o processo de fiscalização da constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 vem sofrendo um imenso incremento. E há vários motivos para isso. O primeiro, bastante óbvio, é a própria estrutura analítica da Carta, que sendo superabrangente, tangencia praticamente todos os temas passíveis de regulação. É difícil imaginar uma temática que de forma mais ou menos próxima não possa estar sob a sombra projetada pelo (grande) guarda-chuva constitucional. Um segundo motivo, que deve ser tomado em grande importância, diz respeito à recepção de uma novas teorizações nos campos da filosofia e da teoria jurídicas que começam a ser (bem) recepcionadas pelos juristas brasileiros na última década do Século passado. Retornando em parte a temas abordados nos Capítulos I e II, pode-se dizer que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, percebidas em suas perspectivas mais genéricas, adentraram de forma mais profunda, a ponto de conseguirem em um curto espaço de tempo virem a exercer um papel de protagonismo na cena jurídica brasileira. O primeiro, por meio das linhas dworkinianas, mais especificamente no que se refere à assunção das teorias de reconhecimento do caráter normativo dos princípios. Um segundo, em momento quase simultâneo, a percepção da centralidade constitucional como uma ordem de valores fundamentais e de filtragem axiológica de todas as normas do sistema jurídico.

O reconhecimento do caráter normativo dos princípios e a percepção da centralidade constitucional revolucionam o “olhar jurídico”, no sentido de, não apenas dar início ao processo de superação das linhas positivistas, mas principalmente no sentido de criar mecanismos que pudessem conceder sustentação prática às novas ideias. Não parece ser outra a razão pela qual se fez intensivo o processo de transformação por que passou o sistema de controle de constitucionalidade no decorrer desse quartel de século vivenciado sob a orientação da Carta de 1988. De um lado uma constituição com enormes potenciais hermenêuticos, dada a sua riqueza

conteudística; de outro, um manancial teórico que entende que essas normas têm textura principiológica aberta e que devem reger a lógica do sistema.

Em um curto espaço de tempo, vimos o constituinte originário potencializar a possibilidade de provocação pela via concentrada, estabelecendo tanto o aumento de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, como instituindo um tipo de ação inédita no sistema de controle brasileiro (sob influência da Carta portuguesa de 1976), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mesmo um novo remédio constitucional, o mandado de injunção. Posteriormente, por intervenção do constituinte derivado e do legislador, surgem novos tipos de ações (a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental), novos institutos (a súmula vinculante, a repercussão geral), e mesmo novas técnicas de origem jurisprudencial (interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, entre tantas outras), que tornam a prática do controle de constitucionalidade uma realidade perene e comezinha no ambiente jurídico brasileiro.

Capítulo 7

Embora a judicialização da política seja considerada, por alguns grupos de juristas uma ameaça aos elementos fundamentais da democracia, tais como representatividade majoritária e mobilização política pelas vias eletivas, a expansão das instâncias e competências judiciais tem sido muito mais abrangente nos regimes democráticos.

A jurisdição constitucional encontra seu fundamento na própria Constituição, sendo que o princípio majoritário não só não pode se opor à Constituição, como é por ela regrado. É bem verdade, que se deve, ao máximo, respeitar a vontade das maiorias, mas no espaço concedido pela Constituição. A vontade da maioria de cada momento, identificada como infraconstitucional, não pode prevalecer sobre a vontade maioria constitucional, a maioria constituinte.

O princípio democrático não se encerra no princípio majoritário, mas apenas o respeita e, tenta ao máximo aplicá-lo. Há nesta esfera, outros fatores que o próprio Habermas bem suscitou quanto tratou da temática acerca da co-originalidade

entre soberania popular e direitos fundamentais que devem ser levados em conta no próprio processo de definição da democracia.

O que se deve buscar é o aperfeiçoamento do sistema, de forma que novos mecanismos de explicitação das razões venham a diminuir o grau de álea nas decisões, inclusive incorporando a participação de vozes da sociedade (como no *amicus curiae*, ou nas audiências públicas), reequilibrando o sistema. A jurisdição deve estar apta a conviver com o princípio majoritário e vice-versa, de forma equilibrada.

Um sistema pode ser considerado legítimo, na perspectiva aqui analisada (formal-jurídica), não apenas quando concede esse espaço de participação para aqueles que desejam expressar-se na arena pública, colaborando para a formação da autonomia pública, mas também quando cria, mantém e aperfeiçoa mecanismos institucionais ordinários que, na ausência de possibilidade de uma manifestação direta, concede espaço ampliado para a manifestação de grupos representativos dos diversos segmentos sociais. Aliás, a garantia não deve ser restrita aos ambientes institucionais-formais, mas também no espaço público não-institucional, reforçando por meio de leis e atos administrativos as garantias fundamentais de liberdade (expressão, de pensamento, de associação, manifestação, etc.).

A legitimidade não se refere, em plena era hipermoderna, a um atributo que ateste conteúdo moral positivo- substantivo à norma . O que a legitimidade de um Estado de Direito Constitucional almeja é estabelecer de forma efetiva o liame entre o cumprimento da norma e a adesão consciente e autônoma do sujeito a qual aquela se destina.

A adesão é um dos mais desejáveis valores que uma norma pode possuir, porém no limite é possível pensar que a adesão ocorra por força, por exemplo, de um imperativo categórico à Kant, em que o sujeito se veja obrigado internamente a seguir à regra, mesmo que lhe pareça profundamente injusta. Não estamos a falar de temor às sanções externas estabelecidas pelo Estado, mas de uma inclinação interna do sujeito que, como Sócrates, em Críton, entende ser melhor sofrer a injustiça do que violar as leis da pólis.

O juízo de legitimidade obtido configura um valor, ou seja, o que se extrai da análise ponderando as dimensões da legitimidade e concluindo que a norma é legítima configura fundamentalmente um juízo de valor. Ora, um juízo de valor pode ser medido em graus e por intermédio de uma avaliação ponderada pode-se chegar a

uma constatação de legitimidade (que pode se dar em graus diversos) ou mesmo a uma conclusão de ilegitimidade que terá clara repercussão no juízo de validade da norma. Assim, sob esta perspectiva pode-se analisar se o juízo de legitimidade está em condições de afetar o juízo de validade /constitucionalidade, ou seja, a juridicidade da norma.

No bloco de formação do que chamamos de validade ética parcial, o peso a ser concedido pelo “valor legitimidade” no processo de ponderação entre os valores e desvalores veiculados pelas normas é tão expressivo quanto por exemplo, o valor liberdade. Vale lembrar que a autonomia pública e a privada são as duas faces do Estado Constitucional de Direito, sendo que a legitimidade vincula-se fortemente à primeira das autonomias já que a legitimidade é tão mais proeminente quanto maior é a participação do cidadão.

Assim, aferição de legitimidade em alto grau, tal como um juízo de ilegitimidade, por atuar fortemente na “validade ética parcial” pode carregar uma norma para um juízo sistêmico de validade (constitucionalidade), mesmo que a norma possua algum vício ou até para a invalidade (inconstitucionalidade), no caso da ilegitimidade.

A técnica do “retorno ao legislador” não é original. Ela se aproveitaria de um juízo de efeito *pro futuro*. A novidade estaria em conceder uma denominação de “retorno ao legislador” que acentuasse o caráter de legitimidade do representante parlamentar como reconhecimento de seu papel institucional. Ao corrigir a irregularidade por ele própria ocasionada, no ato de exercício de sua competência mais significativa, que é a de produzir as normas para o sistema assumiria a corresponsabilidade pela correção do ordenamento jurídico. Nessa circunstância, a Suprema Corte brasileira atuaria verdadeiramente em seu papel fiscalizador da higidez sistêmica em claro papel de autocontenção. Na eventualidade de não ser a norma corrigida no prazo estabelecido, suportaria o dispositivo em xeque os efeitos da passagem de um estado de constitucionalidade para um de inconstitucionalidade. Porém, a inação do Parlamento à “devolução ao legislador” poderia ser observada de duas formas: a) ou caracterizaria um silêncio eloquente, demonstrando seu desinteresse na manutenção da norma no sistema; ou b) caracterizaria desídia na sua atuação. De toda forma, estaria preservada a imagem de respeito à ordem democrática. A assunção de uma técnica desta espécie possui um caráter simbólico que vai além das meras vantagens instrumentais para o sistema. Mantém o equilíbrio entre poderes, atua no aperfeiçoamento do regime democrático em suas vertentes

formal e substancial, bem como reforça a ideia de complementariedade entre as autonomias pública e privada, ideia central do Estado Democrático de Direito, seja na sua vertente constitucional, seja na sua vertente parlamentar.

Bibliografia

AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E.G.; UUSITALO, J. (Orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

ABBAGNANO, Nicola. “Necessário”. In: *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Dizionario di filosofia*. Torino: UTET Libreria, 1998.

ADEODATO, João Maurício. *O Positivismo Culturalista da Escola de Recife*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005.

AHUMADA, M.A. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madri: Thompson/Civitas, 2005, págs. 80-81;

ALBUQUERQUE, Martim de. *Legitimidade*. In: *Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editorial Verbo, s/ ano, v. III.

ALDAY, Rafael Escudero. *La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico yncluyente*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: introdução geral*. Parede: Princípia, 2007.

_____. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madri: Marcial Pons, 2008.

_____. *El concepto y la validez Del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AMAYA, Amalia. *La coherencia en el derecho*. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 35. Madrid: Marcial Pons, 2012.

AMSELEK, Paul. *La phénoménologie et le droit*. In: *L'interprétation dans le droit: Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, nº 17, 1972.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

AÑÓN, Maria José. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. Colônia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001.

ANSUATÉGUI, Francisco Javier. *Curso de Teoría del Derecho*. 2ª ed. PECES-BARBA, Gregório; FERNANDEZ, Eusébio; ASÍS, Rafael de. (Orgs.). Madrid: Marcial Pons, 2000.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Didal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilio; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.

ARENDT, Hanna. *Macht und Gewalt*. Munique, 1970.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Livro V*, 1137b. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Tratado da Política*. Lisboa. Publicação Europa-América, 1977.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ATHAYDE, Tristão. *Introdução ao Direito Moderno. O materialismo Jurídico e suas fontes*. Rio de Janeiro: Editora do Centro D. Vital, 1933.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Ariel: Barcelona, 2001.

ÀVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de Proporcionalidade*. In: *Revista de Direito Administrativo*. 215:151-179 (jan/mar), 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZNAR, Bernardo Bayona. *La paz em la teoria política de Marsilio de Padua. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía (Universidade de Málaga)*. Málaga: s/ed. 2006, v. XI.

AZNAR, Fernando Navarro. *Manual de Teoria del Derecho*. MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999.

AZZARITI, Gaetano. *Interpretazione Costituzionale*. Turim: G Giappichelli Editore, 2007.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBERIS, Mauro. *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. s/ed. Bolonha: Il Mulino, 2011.

_____. *El Neoconstitucionalismo. Third Theory of Law*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011.

_____. *Derecho: como es/como debe ser. Hart e Dworkin y la teoria del derecho*. In: *Postscripts de H.L.A. Hart. Nueve Ensayos*. Lima: Peru, 2010.

_____. *A heterogeneidade del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*. México: Distribuciones Fontamara S.A, 2006.

_____. *Etica per giuristi*. Bari: Laterza, 2006.

_____. *Filosofia del Diritto. Un'introduzione teorica*. 3ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 2000.

_____. *Breve storia della filosofia del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004.

BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003.

_____. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*. In: *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Aguilar, 1995.

_____. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa. s/ano, tomo V, v. XX.

BARRETO, Tobias. *Estudos do Direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Laemmert, 1878.

_____. *Polêmicas. Obras Completas*. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1966.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 06, 2001. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf>. Acesso em 18 mai. 2013.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. nº 1, 2001, v. I.

BARZOTTO, Luís Fernando. *Positivismo. Jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTID, Paul. *Sieyès et sa Pensée*. Paris: Hachette, 1970.

BASTOS, Celso. *Perfil Constitucional da ação direta de inconstitucionalidade*. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/ano. vol. XXII.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Jenner Barreto. *A Filosofia do Direito e a Gnoseologia. Alguns aspectos*. Salvador: Tipografia Beneditina, 1954.

BAUMAN, Zigmunt. *Le sfide dell'etica*. Milão: Feltrinelli Editore, 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos Democracia y Constitución*. In: LAPORTA, Francisco J. (Org.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2003.

BEÇAK, Rubens. *As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf>. Acesso em 15 out. 2012.

BÉCHILLON, Denys. *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*. Paris: Economica, 1996.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber: An intellectual Portrait*. Berkeley: University of California Press, 1978.

BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. *A Fórmula da Evolução Jurídica*. In: *Obra filosófica: Filosofia social e jurídica*. São Paulo: Grijalbo, 1975, v. II.

_____. *História da Faculdade de Direito de Recife*. 2ª ed. Brasília: Conselho Federal de Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1977, v. II.

_____. *Esboços e Fragmentos*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1899.

_____. *Juristas e Philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897.

_____. *Criminologia e Direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BHAGWAT, Ashutosh A. *The Myth of Rights. The Purposes and Limits of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Connecticut: Yale University Press, 1986

BILANCIA, Francesco. *Corso di Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Milão: CEDAM, 2011.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Instituto Piaget: Lisboa, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 2ª ed. Ver. Atu. E amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

_____. *O Direito na Pós-Modernidade*. s/ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BLACKBURN, Simon. *Naturalismo*. In: *Dicionário Oxford de Filosofia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BLATEAU, Rafael. *Academia Teológica*. In: *Prosas Portuguesas I*. Lisboa, 1729.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma: Laterza, 2011.

_____. *Legalidade*. In: BOBBIO, N; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.) *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004.

_____. *Il Positivismo giuridico*. s/ed. Turim. G. Giappichelli, 2006

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Il Positivismo Giuridico*. s/ed. Turim: Giappichelli, 1996.

_____. *Teoria dell'ordinamento giurídico*. 3ª serie. Turim: Giappichelli, 1996.

_____. *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995.

_____. *Sur le principe de légitimité*. In: *Annales de Philosophie Politique*. Nº 7. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 8ª ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *A Constituição Aberta*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOLZAN, José Luis de Moraes; AGRA, Walber de Moura. *A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, nº2, 2004.

BORDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *La Reproduction*. Paris: Minuit, 1970.

BORON, Atilio A.; GOZÁLEZ, Sabrina. In: *Filosofia Política Contemporânea. Controvérsias sobre a civilização, Império e Cidadania*. São Paulo: Departamento de Ciência Política Universidade de São Paulo, 2006.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BORTOLOTTI, Lisa. *Introdução à Filosofia da Ciência*. Lisboa: Gradiva, 2013.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Néelson Gonçalves. *Validade*. In: *Enciclopédia de Termos lógico-filosóficos*. São paulo: Martins Fontes, 2006.

BRAUDEL, Fernand. *História das Ciências Sociais: a longa duração*. In: NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. (Orgs.). *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I.

BREHIER, Émile. *Historia de la Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1956, tomo 3.

BRITO, Joaquim Maria Rodrigues. *Philosophia do Direito*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1871.

BRITO, J. de Souza e. *Jurisdição Constitucional e princípio democrático*. In: *Legitimidade e Legitimação da justiça constitucional : colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BRITO, Miguel Nogueira. *A Constituição Constituinte – Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. In: *Revista de Informação Legislativa nº 50*. Brasília: s/ed. 1976, v. XIII.

BRYCE, James. *Studies in History and Jurisprudence*. Nova York: Oxford University Press, 1901, v. I.

BULYGIN, Eugenio. *Il positivismo Giuridico*. Milão: Giuffrè, 2007.

BUNGE, Mário. *Teoria e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

BURKE, Peter. *História e teoria social*. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2012.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. In: *Revista de Informação Legislativa nº 50*. Brasília, s/ed. 1976, v. XIII.

CABRERA, Carlos Alarcón. *Lecciones de Lógica Jurídica*. Sevilla: Editorial MAD, 2000.

CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. *Interpretación de la constitución y ordenamento jurídico*. Madri: Tecnos, 1997.

CALSAMIGLIA, Albert. “Postpositivism”. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I, 1998.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

_____. *Introdução Crítica à Filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1918.

CAMPOS, Wilson de Souza. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CANCLINI, Nestor Garcia. *Culturas híbridas*. 5ª reimpressão. São Paulo: Edusp, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

_____. *O controle de Constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, v.3

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida – Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

CARACCILO, Ricardo. *Sistema Jurídico*. In: *El Derecho e la Justicia*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2000.

CARAMELLA, S.; MONTOVANI, M. *Naturalismo*. In: *Enciclopédia Filosófica*. Milão: Editora Bompiani, 2010, v. XI.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Editora Nacional do Direito, 1956.

CARNELLI, Lorenzo. *Tempo y derecho*. Buenos Ayres: Librería Jurídica, 1952.

CARVALHO, Joaquim de. *Subsídios para a História da Filosofia e da Ciência em Portugal – II*. Coimbra: Boletim da Biblioteca da Universidade de Coimbra, 1952.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das Almas. O imaginário da República no Brasil*. 16ª reimpressão. São Paulo, 2006.

_____. *A formação das Almas: O imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASANOVA, Marco Antônio. In: *Martin Heidegger, Nietzsche*. Rio de Janeiro: Forense, Forense Universitária, 2007, v. 1

CASSESSE, Sabino. *Il diritto Globale. Giustizia e Democrazia oltre lo Stato*. Turim: Einaudi, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação, Economia, Sociedade e Cultura. O Poder da Identidade*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007, v. II.

CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2009.

_____. *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*. Turim: Giappichelli Editore, 1995.

CAVALCANTE, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História. Origem e Reforma*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel*. 20ª ed. Armand Colin: Paris, 2003.

CHEMERINSK, Erwin. *Perspectiva on Justice: and federal law got narrower , norrower*. Los Angeles Times, 18 de maio, 2000.

CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Tecnos: Madrid, 1999, v. I.

CHARMAN, Mary; VANSTONE, Bobby, SHERRATT, Liz. *As Law*. 5ª. ed. Oregon: Willan Publishing, 2008.

CHIAR, Pietro. *I imigranti (nuovi) soggetti di diritto*. In: CORTÉS, Isabel Fanlo; MARRA, Realino. (Orgs.) *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2008.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV.

CITTADINO, Giselle. *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano II, nº 2, ano III, nº3, 2001-2002.

CLÉMENT, Elisabeth et al. *Dicionário Prático de Filosofia*. Lisboa: Terramar, 1994.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.

COGLIANDRO, Giovanni. *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 2012.

COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. *Legal Positivism*. In: *A Companion to Philosophy of law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishin, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. *Uma defesa do positivismo metodológico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

_____. *Il neocostitucionalismo ideológico*. In: CORTÉS, Isabel Fanlo; MARRA, Realino. (Orgs.). *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2008.

_____. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

COMTE-SPONVILLE, André. *A Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Naturalismo*. In: *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3ª ed. Tecnos: Madrid, 1999, v. I.

CONTE, Amadeo G. *Condizione de autonomia*. In: *Materiali per una Storia della cultura giuridica*. XXXVI- 1. Bolonha. Il Mulino, 2006.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*. 3ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1898.

CORTELAZZO, Manlio; ZOLLI, Paolo. *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1999.

CORWIN, Edward S. *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*. [S.l.]: Harvard Law Review, 42, 1928.

COSNSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des moderns*. In: *De l'esprit de conquête et l'usurpation*. Paris: Flammarion, 1986.

COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao Direito. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

COSTA, Cruz. *A Filosofia no Brasil*. São Paulo: Cultrix, 1960.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República. Momentos decisivos*. 8ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *A jurisdição constitucional em Portugal. Separata de Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queirós*. Coimbra, s/ed. 1987.

COSTANZO, Pasquale. *La “nuova” costituzione della Francia*. Turim: Giappichelli, 2011.

COTTA, Sergio. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Milão: Giuffrè, 1981.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição. Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra, 2009.

_____. *Os Pressupostos do Conceito de Estado em Carl Schmitt – Do Direito ao Político*. Disponível em
<http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf>. Acessado em 05 de jul. de 2014.

COXITO, Amândio. *Estudos sobre Filosofia em Portugal na época do Iluminismo*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006.

CRIPPA, Adolpho. *As idéias Filosóficas no Brasil*. São Paulo: Ed. Convívio, 1978.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

.

CRUZ, Luiz M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. Mexico: Porrúa, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

_____. *O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008*. Disponível em <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Control_de_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23>. Acesso em 30 de junho de 2014.

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. UNB, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE PAGE, Henri. *De interpretación des lois*. Bruxelas: Swinne, 1978.

DEROSIER, Jean-Philippe; GREN, Marie; MACAYA, Ariana. *Le Conseil d'État d'un juge de l'inconstitutionnel? Étude du rôle d'un juge de l'inconstitutionnalité potentielle de la loi*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. (Orgs.). *L'Examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*. Paris: Dalloz, 2011.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DEWEY, John. *Logical Method and Law*. In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. *Logica, Teoria dell'indagine (Logic, the Theory of Inquiry)*. Turim: Einaudi, 1949.

DI LUCIA, Paolo. *Validà di Norme: Tre concetti*. In: GLAZEL, Lorenzo Passerini. (Org.). *Ricerche di Filosofia del Diritto*. Turim: G Giappichelli, 2007.

DI SUNI, Elizabetta Palici. *La Giustizia Costituzionale*. In: DI SUNI, Elizabetta Palici. (Org.). *Diritto Costituzionale dei paese dell'Unione Europea*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

DINIZ, Antonio Carlos. *Legitimidade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonha: Il Mulino, 1994.

DOMINGO, Rafael. (Ed.). *Juristas Universales*. Madri: Marcial Pons, 2004.

DRAGO, Roland. *Introdução Geral*. In: *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DOUZINAS, Costas; GEAREY, Adam. *Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa – Teoria da norma e criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

DURANT, Will. *A história da Filosofia*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1991.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O drama Constitucional*. In: *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et haute cour constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

ESSER, Josef. *Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho*. Barcelona: Bosch, 1961.

FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madri: Editorial Civitas, 1994.

FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienza giuridiche. Il concetto del diritto*. 6ª ed. Milão: Giufrfrè, 2008.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FASSÓ, Guido. *Storia dellla filosofia del diritto*. 3ª ed. Roma: Laterza, 2005.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª ed. São Paulo: Edusp, 2008.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. 3ª ed. Paris: Ed. Dalloz, 2000.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Direito, Norma e Interação Jurídica*. Disponível também em: <http://www.iced.org.br/artigos/direito_norma_interacao_atahualpa_fernandez.PDF>. Acesso em 06/03/2005.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos – Ámbitos y desarrollo*. Salamanca: San Esteban, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Dei Diritti e delle Garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bolonha: Il Mulino, 2013.

_____. *Democracia y Garantismo*. Madri: Trotta, 2008.

_____. *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*. 2. Roma: Laterza, 2007.

_____. *Epistemología y Garantismo*. Mexico:Fontamara, 2004.

_____. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Derechos y garantías, La ley del más débil*. 2ª ed. Madri: Trotta, 2001.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.

FERRARA, Gianni. *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*. Mião: Feltrinelli, 2006.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Nº 220. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Olavo. *O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A.V.; LENZA, Pedro. (Coords.). *Constituição Federal. 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003.

FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005.

_____. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999.

_____. *La rovina della civiltà antica*. Milão: SugarCo, 1988.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Lisboa: Relógio D'água, 1993.

FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, Derrotabilidad y Razón Prática*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. (Ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

_____. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madri: Editorial Trotta, 2009.

_____. *Ser ou no ser normativo: um dilema para o positivismo jurídico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

_____. *Principios e derechos fundamentales*. In: *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

_____. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FILIPPONIO, Angiola. *Verità di norme*. In: FILIPPONIO, Angiola. (Org.). *Verità e normatività*. Milão: Giuffrè, 2005.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FOUBET, Fabrice. *A verdade; o irracional; o sentido; a sabedoria*. In: *As Grandes Noções da Filosofia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

FOUREZ, G; MATHY, Ph. ENGLEBERT-LECOMTE, V. *Nos savoirs sur nos savoirs: un lexique d'épistémologie pour l'enseignement*. Bruxelas: De Boeck Université, 1997.

FRANCA, Leonel. *Noções de História de Filosofia*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1987.

FRANK, Jerome. *Law and Modern Mind*. 2ª ed. New York: Coward-McCann, 1949.

FREEMAN, M.D.A. *Introduction to Jurisprudence*. 8ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1994, v. I e II.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCÍA, Manuel Calvo. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 2004.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

GASTIGNONE, Silvana. *Punto di vista interno ed efficacia*. In: SCARPELLI, U. (Org.). *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenza attuali*. Milão: Comunità, 1983.

GEERTZ, Clifford. *Conocimiento local*. 3ª reimpressão. Madri: Paidós, 2011.

_____. *Uma descrição densa: por uma teoria interpretativa da cultura*. In: *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GIANCOMANTONIO, Francesco. *Introduzione al pensiero politico di Habermas. Il dialogo della ragione dialogante*. Milão: Mimesis, 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: a implantação e evolução da jurisdição constitucional na França*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/down17.doc>>. Acesso em 29/06/2005.

GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GOUVEIA, Jorge Barcelar. *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

GORSKY, Hector C. Silveira. *La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate*. In: GORSKY, Hector C. Silveira. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. *Legitimidade*. In: ALAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I.

GRIFFIN, Stephen M. *Americam Constitutionalism – from theory to Politics*. Princeton: Princiton University, 1998.

GUASTINI, Ricardo; NATELLA, Maria Cristina Redondo. *El Postscripts de H.L.A. Hart. Nueve Ensayos*. Lima: Peru, 2010.

GUASTINI, Ricardo. *La sistassi del diritto*. Turim: Giappichelli, 2011.

_____. *Sobre el concepto de constitución*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007.

_____. *Lezioni di Teoria del diritto e dello Stato*. Turim: G Giappichelli, 2006.

_____. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Principios de derecho y discricionalidad judicial*. In: *Estudios de teoría constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001.

_____. *Invalidity*. In: *Ratio Juris*. [S.l.], s/ed. 1994, v. VII.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUSMAO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HÄRBELE, Peter. *Entrevista de César Landa*. In: VALADÉS, Diego. (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Härbele*. São paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e a “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. SAVIDAN, Patrick (Org. e Int.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A volta ao historicismo*. In: SOUZA, José Crisóstomo de. (Org.). *Filosofia, Racionalidade e Democracia. Os debates Rorty Habermas*. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

_____. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.I e II.

_____. *Acción Comunicativa y razón sin transcendência*. Buenos Aires: Paidós, 2003.

_____. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Pensamento Pós-metafísico. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Acerca de la legitimación basada em derechos humanos*. In: *Em la constelación posnacional*. Barcelona: Paidós Iberica, 2000.

_____. *Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*. Madri: Taurus, 1988, tomo I.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

_____. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

HÄGERSTRÖM, Axel. *Inquires into Nature of Law and Morals*. In: FREEMAN, M. D. A. (Org.). *Introduction to Jurisprudence*. 8ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008.

HAMILTON, Alexander. *Os Federalistas*. In: Série “Os Pensadores” nº XXIX (Jefferson, Paine, Os federalistas, Tocqueville). São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Manole, 2005.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford : Clarendon Press, 1983.

_____. *El positivismo y la separación entre la el derecho y la moral*. In: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma, 1962.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988, v. I.

HERMAN, Barbara. *Contingency in Obligation*. In: RICHARDSON, H.S; WILLIAMS, Melissa S. (Eds.). *Moral Universalism and Pluralism*. Nova Iorque: New York University, 2008.

HERNÁNDEZ, R. Marin. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madri: Martins Pons, 1998.

HESPANHA, Antônio Manuel. *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOBBSAWM, Eric. *Identidad*. In: GORSKY, Hector C. Silveira. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000.

HÖFFE, Ottifried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HOLMES, O. W. *The Path of the Law*. In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa Houaiss* [CD-ROM]. [S.l.]. Objetiva, 2009, ISBN978857302970-3.

HUIZINGA, Johan. *El concepto de la história*. Cidade do Mèxico: Fondo de Cultura Económica, 1946.

IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen, der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelak*, Baden: Baden: Nomos, 1980.

INCAMPO, Antonio. *Regole e verità*. In: FILIPPONIO, Angiola. (Org.). *Verità e normatività*. Milão: Giuffrè, 2005.

IRTI, Natalino. *Il salvagente della forma*. Roma/Bari: Laterza, 2007.

_____. *Nichilismo giuridico*. Roma/Bari: Laterza, 2004.

JAIME, Jorge. *A História da Filosofia do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 1999, v. I e II.

JAPIASSÚ, Hilton. *O sonho multidisciplinar e as razões da filosofia*. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

JAPIASSÚ, Hilton.; MARCONDES, Danilo. *Naturalismo*. In: *Dicionário Básico de Filosofia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

JARAMILLO, Leonardo García. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. In: CARBONELL, Miguel; _____. (Ed.) *El canon neoconstitucional*. Madri: Editorial Trotta, 2010.

JELLINEK, Georg. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österrech*. Viena: Hölder, 1885.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1997.

KANGAS, Urpo. *Un análisis de la recepción de las ideas jurídicas y su impacto em la visión jurídica del mundo*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E. G.; UUSITALO, J. (Orgs). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2011.

_____. *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Parte I*. Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. *Acerca das formas e dos princípios do mundo sensível e inteligível*. In: SANTOS, L.R. dos; MARQUES, A. (Orgs.). *A dissertação de 1770 seguida a Carta a Marcus Herz*. 2ª ed. Lisboa: Casa da Moeda, 2004.

_____. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madri: Ediciones Encuentro, 2003.

KALINOWSKI, G. *Lógica do Discurso Normativo*. Madri: Tecnos, 1975.

KAUFMANN, A. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. _____.; HASSMER, W. (Orgs.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Matthias. *Discurso e despotismo*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. *Qué es la Justicia?*. 5ª impressão. Barcelola: Ariel, 2008

_____. *A Justiça e o Direito Natural*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*. Milão: Etas, 2000.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Cidade do México: Editora Nacional, 1979.

_____. *Was juristischer Positivismus?*. In: *Juristen Zeitung*, 1965.

KERSTING, Wolfgang. *Democracia e Educação Política*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

KERVÉGAN, Jean-Francois. *¿Que hacemos com Carl Schmitt?*. Madri: Escolar y Mayo Editores, 2013.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

_____. *O Caminho desde a estrutura*. São Paulo: Unesp, 2006.

LABROUSSE, Camille-Ernest. *L'Histoire sociale. Sources et methodes*. Paris: PUF, 1967.

LAGARDE, Alain. *O Estado; o Poder; a Violência; a Sociedade*. In: *As Grandes Noções da Filosofia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

LALANDE, André. *Naturalismo*. In: *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LE POURHIET, Anne Marie. *Marbury vs. Madison est-il transposable em France?* In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003.

LEITER, Brian. *Legal Realism*. In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Reino Unido, 1996.

LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004.

LÉVY, Pierre. *Filosofia World. O Mercado. O Cibernético. A Consciência*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

LIMA, Paulo Jorge. *Teoria Tridimensional do Direito*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Ocidente mundializado. Controvérsia sobre a cultura planetária*. Lisboa: Edições 70, 2011.

LITRENTO, Oliveiros. *Curso de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

LLANOS, Maria Leonor Suárez. *Juspositivismo Excluyente vs. Positivismo crítico não inclusivo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

LLEWELLYN, Karl. *Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound (44 Law Review 1222 (1931))*. In: *The Canon of the American Thought*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

LÓPEZ, Jesús Vega. *Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del derecho*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

LOPES JR, Eduardo Monteiro. *A judicialização no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

LORINI, Giuseppe. *Il valore lógico della norma*. Bari: Adriática, 2003.

LOTHAR, Thomas. *Contribuição para a história da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1944, v. I.

LUHMANN, Niklas. ***Legitimação pelo procedimento***. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 9ª ed. Madri: Tecnos, 2010.

_____. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tébar, 2007.

_____. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Editorial Tecnos, 2004.

MACERATINI, Ariana. *Discurso e Norma. Perfil filosófico-giuridico di Jürgen Habermas*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, págs. 93 e seguintes

MACHADO NETO, Antônio Luís. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Ed. EDUSP, 1979, capítulos I e II.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Ed. EDUSP, 1979, (capítulo III).

MACHADO, Edgar de Godoi da Matta. *Direito e Coerção*. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1957.

MACHADO, J. Baptista. *Ciência do Direito*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. III.

MACKIE, J. *The third theory of law*. In: *Philosophy and Public Affairs*. nº 7, 1977.

MAGNI, Sergio Filippo. *Il relativismo etico. Analisi e teorie nel pensiero contemporaneo*. Bolonha: Il Mulino, 2010.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MALBERG, Raymond Carré. *La loi, expression. De la volonté générale*. Paris: Economica, 1984.

MARGIOTTA, Costanza. *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Ano XXX, nº 2. Bologna: s/ed. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Ed.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARRA, Realino. *Anders Vilhelm Lundstedt: per una scienza realistica del diritto penale*. In: CORTÉS, Isabel Fanlo; MARRA, Realino. (Orgs.). *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2008.

MARSHALL, Willian P. *Conservatism and the seven Signs of Judicial Activism*. University of Colorado Law Review. Chapel Hill, nº 73, s/ano.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barbas. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III, 1999.

MARTINEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1991.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Americana*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MATHIEU, Bertrand. *La loi*. Paris: Dalloz, 1996.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Positivismo Jurídico e autoritarismo político: a falácia do reductio ad hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Teoria do Estado: Uma introdução crítica ao Estado Democrático Liberal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. *Positivismo giuridico e costituzionalismo*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno XVII, n.3. Milão: s/ed. 1963.

MATTOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. São Paulo: s/ed., 1876.

MAY, Larry; BROWN, Jeff. *Philosophy of law: classic and contemporary readings*. 1ª ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2009.

MAZUREK, Per. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A.; HASSMER, W. (Orgs.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora RT, 1980.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MELO, Manoel Palácios Cunha. *As ciências sociais no Brasil*. Tese de Doutorado, IUPERJ, 1997.

MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat. São Paulo: IBRASA, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Alemã*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1>, págs. 481-482. Acesso em 17/12/2013.

_____. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 162. Brasília, s/ed. 2004, v. XLI.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão Judicial*. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra. (Coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

MENEZES, Djacir. *Tratado de Filosofia do Direito*. São Paulo. Ed. Atlas, 1980.

MERTON, R. *Teoría e estructuras sociales*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura, 1964.

MICHELMAN, Frank I. *Moral Improvisation, Moral Change and Political Institutions. Comment on Barbare Herman*. In: RICHARDSON, H. S.; WILLIAMS, Melissa S. (Ed.). *Moral Universalism and Pluralism*. Nova Iorque: New York University, 2008.

_____. *Morality, Identity and Constitutionalism Patriotism*. In: *Ratio Iuris*. nº. 3, Setembro, 2001, v. XIV.

_____. *Brennan and democracy*. Nova Jersey: Princeton University, 1999.

MIELUCCI, Albert. *Verso una sociologia riflessiva, ricerca qualitativa e cultura*. Bolonha: Il Mulino, 1998.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. *El principio de jerarquía Normativa*. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

_____. *Positivismo Ideológico e Ideologia Positivista*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Editora Forense, 2005.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, tomo VI.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo II.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1977.

_____. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1938, v. I.

_____. *Systema de Sciencia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, v. I.

MODUGNO, Franco. *Validità (Diritto Costituzionale)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1993, v. XLVI.

MONCADA, L. Cabral de. *Norma Jurídica*. In: *Logos – Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa: Verbo, s/ano, v. III.

_____. *Direito Positivo e Ciência do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. *Filosofia do Direito e do Estado*. 1ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editira, 1995, v. II.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. I.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2003, Livro XI.

MORAES FILHO, José Filomeno de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: A.A.V.V. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Decisão, Decisores e Decisionismo*. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf>. Acessado em 05 de jul. de 2014.

_____. *Justiça Constitucional – Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, tomo I.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O Momento do Positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría Del derecho*. Madri: Marcial Pons, 2004.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

MOSCA, Gaetano. *Elementi di Scienza Politica*. 5ª ed. Bari: Laterza, 1953, v. I.

MOTTA FILHO, Cândido. *A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, RF, 86:277*. Apud: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Santander: Ediciones TGD, 2008.

MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismo e Iuspositivismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

MUÑOZ, Francisco Puy; MORENO, Ángeles López. (Coords.). Madri: Colex, 1999.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Filosofia do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NAGEL, Ernest. *The Structure of Science. Problems in the Logic of Scientific Explanation*. Nova Iorque: Brace & World, 1961.

NERY, Nélon; ABOUD, Georges. *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça pode ser medida pela vontade de alguém*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora Podium, 2013.

NEVES, Castanheira A. *O Direito Hoje e com que Sentido?*. 2ª ed. Lisboa: Piaget, Editora, 2011.

_____. *A Crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a Possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino americana*. In: *Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. I.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEWTON, Jim, *Justice for all. Earl Warren and the Nation he made*. Nova York: Riverhead, s/ano.

NIETZSCHE, Friedrich. *Il nichilismo europeo. Frammento di Lenzerheide*. Milão: Adelphi Edizioni, 2006.

_____. *Fragmentos Finais*. Brasília: Editora da UNB, 2002.

_____. *A genealogia da Moral. Tratado III, §4, 1887*.

NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Com referencia particular a la dogmática penal*. México: Coyoacán, 2011.

_____. *Introducción al análisis Del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

NISBET, Robert. *Tradição e tradicionalismo*. In: *Dicionário do pensamento social do Século XX*. (Ed. OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

NÓBREGA, Agripino. *Direito e Moral*. Petrolina: O Pharol, 1939.

NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. *Introdução*. In: *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Direitos Fundamentais – Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. XII.

OGGERO, Ubirajara. *As origens do pensamento Filosófico no Brasil*. In: *Revista Convivium*. nº 1/86. Sao Paulo.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

OLIVERCRONA, Karl. *Il diritto come fatto*. Milão: Giuffrè, 1967.

OLIVERKRONA, Kart. *Law as a fact*. Londres: Humphrey Milford, 1939.

OLIVO, Luís Carlos Concellier de. *Elementos da Teoria Política em Max Weber*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Orgs.). *Introdução à História do pensamento Político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ORRÙ, Romano. *La cross fertilization giudiziaria a carattere informale e il “sistema delle conferenze” tra Corti Costituzionali e organi equivalenti*. In: *Diritto Comparato ed Europeo*. 2011 – 1. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

ORTEGA Y GASSET, José. *História como sistema*. Madri: Revista de Occidente, 1962.

OST, François. *Dalla Piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?* In: *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.

OTERO Y VALENTÍN, Julio. *Etiología Jurídica*. Madri: Aguilar, s/a.

OTERO, Paulo. *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais, AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra editora, s/ano.

_____. *Editorial* In: *Direito & Política: Law & Politics*. [S.l]: s/ed. out./dez. 2012.

_____. *A dimensão política da administração pública: A quebra do mito da separação de poderes entre política e administração*. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADRO, Fausto de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. (Coords.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Administrativo e Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. IV.

_____. *Direito Constitucional Português. Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, v. I e II.

_____. *A Fragmentação da Constituição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de. (Coords.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, v. I.

_____. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PAIM, Antônio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Convívio, 1987.

PAIXÃO, Carlos Jorge. *O Positivismo Ilustrado no Brasil*. Extraído de <http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos_revistas/3.pdf>, consultado em 23/07/2011.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PARETO, Vilfredo. *Trattado di Sociologia Generale*. Firenze: Barbèra, 1916.

PARGA, Milagros Otero. *Reflexiones sobre el Positivismo jurídico*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

_____. *Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela Publicacións, 1999.

PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editora UNB, 2004.

PATTARO, E. *Elementos para una teoría del Derecho*. Madri: Debate, 1985.

PECES-BARBA, Gregório. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madri: Debate, 1983.

PEIRCE, Charles S. *Collected Papers*. [S.l]: Harvard University Press, s/ano, v. V.

PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*. Madri: Editorial Tecnos, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I.

PEREIRA, Jane Reis Golçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, José Esteves. *Percorso de história das ideias*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2004.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉRONNET, Michel. *Vocabulário Básico de La Revolución Francesa*. Barcelona: Editorial Crítica, 1984.

PIERUCCI, Antônio Flávio. [Secularização em Max Waber. Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido](#). In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Nº 37. São Paulo, junho de 1998, v. XIII. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200003&script=sci_arttext>, Acesso em 01/08/2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I.

PINO, Giorgio. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*. Modena: Mucchi Editore, 2014.

_____. *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neoconstituzionalismo e i suoi critici*. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Vol. 56. 1, 2011, ver também em WWW.unipa.it/gpino/Pino,%Principi,%20ponderazione,%20e%20la%20separazione.pdf Acesso em: 13/07/2013.

_____. *Diritti e interpretazione, Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 2010.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PISÓN, José Martínez de. *La efectividad de los derechos sociales: de las necesidades básicas ao desarrollo humano*. In: PISÓN, José Martínez de; INDA, Andrés García. (Coords.). *Derechos Fundamentales, movimientos sociales y participación*. Madri: Editorial Dykinson, 2003.

_____. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madri: Tecnos, 2001.

PLATÃO. Górgias. In: *Diálogos. Protágoras- Górgias- Fedão*. 2ª ed. Belém: Editora Universitária UFPA, 2002.

_____. *República*. Livro I e IV.

_____. *Críton*.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Overcoming Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

_____. *The Problems of Jurisprudence*. 1ª ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

POSSENTI, Vittorio. *Nichilismo Giuridico. L'ultima parola?*. Soveria Manelli: Rubbettino, 2012.

POZZOLO, Susanna. *Introducción*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011.

_____. *Notas al margen para uma historia del neoconstitucionalismo*. In: POZZOLO, Susanna. (Ed.). *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores, 2011.

_____. *Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e a globalização*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

PRADO JR, Bento. *Profissão filósofo*. In: *Cadernos PUC*, nº 01, 1980.

PREUSS, K. Ulrich. *Os elementos normativos da soberania*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. In: SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RAKOVE, Jack N. *Judicial Review Before and Beyond Marbury*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003.

RAMOS, Edival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Glaucio Gumerato. *Poderes do Juiz Ativismo (=autoritarismo) ou garantismo (=liberdade) no projeto do novo CPC*. In: ROSSI, Fernando; GUEDES, Jéfferson

Carús, DELFINO, Lúcio (Coords.) *O futuro do processo no Brasil. – Uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalismo. Uma leitura crítica do pensamento “transconstitucionalista” de Marcelo Neves*. In: *Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. I.

RAWLS, John. *Una teoria della giustizia*. 2ª ed. Milão: Feltrinelli, 2009.

_____. *Liberalismo político*, Milano: Edizioni di Comunità, 1994.

_____. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

RAZ, Joseph. *Legal Reasons. Sources and Gaps*. In: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.

_____. *O Conceito de Sistema Jurídico. Uma introdução à Teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O Poder Legislativo*. In: *Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1997.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed. São Paulo. Grijalbo, 1976.

_____. *Fundamentos da concepção tridimensional do direito*. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo. s/ed. out/nov/dez, 1960, v. X.

REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007.

RIGNANI, Orsola. *Filosofia. Temi e Percorsi*. Milão: Apogeo, 2010.

RINTELEN, Fritz-Joachim v. *Filosofia dos Valores*. In: HEINEMANN, F. (Org.). *A Filosofia no Século XX*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

RITZER, George. *Racionalização*. In: SCOTT, John. (Org.). *Sociologia. Conceitos-chave*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

RIVERO, Jean. *A modo de síntesis*. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ROBLES, Gregório. *Noberto Bobbio*. In: DOMINGO, Rafael. (Org.). *Juristas Universales*. Madri: Marcial Pons, 2004, v. IV.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. Milão: Feltrinelli, 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958.

ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Positivismo Jurídico y Sistemas Mixtos*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

ROIG, Maria José Añón. *Necesidades y Derechos – Un ensayo de fundamentación*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism. Making sense of Supreme Court*. Londres: Yale University Press, 2006.

ROMANO, Bruno. *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo "noia" globalizzazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

ROMANO, Santi. *Lo Stato Moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969.

ROMERO, Sílvio. *História da Literatura Brasileira*. Rio de Janeiro: Garnier, 1988, Tomo I.

_____. *Obra Filosófica. Coleção Documentos Brasileiros, nº 139*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Livraria José Olympio Editora, 1969.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROSS, Alf. *O Concetto di Validità e il conflitto fra positivism giuridico e giusnaturalismo*. In: GUASTINI, Ricardo de; FEBBRAJO, A. (Orgs.). *Critica del Diritto e analisi del linguaggio*. Bolonha: Il Mulino, 1982.

_____. *Direttive e norme*. Milão: Edizione di Comunità, 1978.

_____. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Ayres: Eudeba Editorial, 1974.

_____. *Diritto e Giustizia*. Torino: Einaudi, 1965.

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. São Paulo: CID Editora, 2005.

RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SÁ E BENEVIDES, J. M. C. de. *Philosophia elementar de direito público: interno, temporal e universal*. São Paulo, s/ed, 1887.

SÁ, Alexandre Franco de. *O poder pelo Poder. Ficção e Ordem no combate de Carl Schmitt em torno do Poder*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009.

SALDANHA, Nélon. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro. Renovar, 1992.

_____. *A filosofia do Direito no Brasil na sua fase mais recente*. In: *Nomos – Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*. 1, Jan-Junho, 1986.

SALGADO, Francisco Fernandez. *La justicia Constitucional: uma visión de derecho comaparado*. In: *La Justicia Constitucional em Francia*. Madri: Dykison, 2009, tomo II.

SAMPAIO, Nélon de Souza. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madri: Tecnos, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007.

_____. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005.

_____. *Teoria del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Igualdad y Minorías*. In: SANCHÍS, Luis Prieto. (Org.). *Tolerância Y Minorias. Problemas jurídicos y políticos en Europa*. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madri: Tecnos, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 16ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed. São Paulo: editora Cortez, 2006.

_____. *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. In: *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99 – 2ª tiragem*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

SAUNDERS, Cheryl. *“It seems a leading case”*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003.

SAUQUILLO, Julián. *El significado de “la ciencia libre de valores”*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico?*. 2ª ed. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego. Um examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y en la vida cotidiana*. Madri: Marcial Pons, 2004.

SCHEFOLD, Dian; LESKE, Klaus-Rüdiger. *Hochschul vorschaltgesetz: verfassungswidrig aber nicht nichtig*, NJW 1973.

SCHIAVELLO, Aldo. *Positivismo Jurídico e relevância da metaética. Uma defesa do positivismo metodológico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

SCHMITT, Carl. *Il problema della legalità*. In: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). *Le categorie del "politico"*. Bolonha: Il Mulino, 2009.

_____. *O guardião da Constituição. Coleção Del Rey Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHOTTL, Jean-Éric. *L'examen des propositions deloi par le Conseil d'État*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. (Orgs.). *L'Examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*. Paris: Dalloz, 2011.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Habermas y la democracia deliberativa. Una "utopia" tardomoderna*. Madri: Marcial Pons, 2008.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV.

SERNA, Pedro. *El Inclusive Positivism ante la mirada del observador*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

SERPE, Alessandro. *Realismo Nordico e diritti umani. Le "aventure" del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008.

SERRANO, José Luis. *Validez e vigência. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Valladolid: Editorial Trotta, 1999.

SGARBI, Adrian. *Validade e obrigatoriedade: o dever jurídico no centro da tormenta. Uma defesa do positivismo metodológico*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 14ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2003.

SIMMONDS, N. E. *Central Issues in Jurisprudence: Justice, Law and Rights*. 2ª ed. Londres: Thomson, 2002.

SIERRA, Gaspar Caballero; GIL, Marcela Anzola. *Teoria Constitucional*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1995.

SIEYÉS, Emmanuel. *Que es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madri: Alianza Editorial, 1989.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. III e IV.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SIMMONDS, N.E. *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*. 2ª ed. Londres: Thomson, 2002.

SIMMONDS, Nigel. *Central Issues in Jurisprudence*. 3ª ed. Londres: Thomson, 2008.

SINHA, Surya Prakash. *Jurisprudence. Legal Philosophy*. St. Paul: West Publishing, 2003.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOARES. Rogério E. *Acto Administrativo*. In: *POLIS - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editorial Verbo, s/ano, v. V.

SORGI, Giuseppe. *LEGITTIMITÀ*. In: MARASSI, Massimo. (Coord.). *Enciclopedia Filosofica*. Milão: Bompiani, 2010, v. IX.

_____. *Potere. Tra paura e legittimità*. Milão: Giuffrè, 1983.

SORIANO, Ramón. *Sociologia del Derecho*. 4ª ed. Barcelona: Ariel, 2012.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª ed. Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, 1988.

_____. *Direito Constitucional Português*. Braga: Livraria Cruz, 1983.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo*. In: MAIA, Antônio Cavalcanti; et e al. (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003

SOUZA, José Soriano. *A religião do Estado e a liberdade de cultos*. Recife: s/ed., 1867.

SOUZA, Ricardo Timm. *O Brasil Filosófico*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003.

STRASSER, Carlos. *Schmitt, Carl*. In: *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*. Buenos Aires: Emecé, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

_____. *Pós-fácio*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010.

_____. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coords.). *Teoria do Direito Constitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Editora Método, 2008.

_____. *Decisionismo e Discricionariedade Judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil*. In: *O Direito e o Futuro O futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate do positivismo v. (neo) constitucionalismo*. In: COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda; LIMA, Martônio M. Barreto. (Orgs.). *Diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A crise hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper nº 28*. Chicago: s/ed., 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/28.crs-av.interpretation.pdf>>. Data de acesso: 10 out. 2011.

TALLEYRAND, Perigord. *Mémoires*. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/28427>>. Data de acesso: 21/09/2013.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1976.

_____. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milão: Giuffrè Editora, 1962.

TEUBNER, Gunther. *Il Pluralismo del diritto globale senza Stato*. In: *Per un'altra globalizzazione* (entrevista concedida a BATTISTON, G.). Roma: Edizione dell'Asino, 2010.

TARUFFO, Micheli. *La prova dei fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1992.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Eds.) *The Global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York, University Press, 1997

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAYLOR, Charles. *Atomism*. In: *Philosophy and the human Sciences. Philosophical paperes 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

TEIXEIRA, Antônio Brás. *A filosofia jurídica brasileira do século XIX*. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2011.

_____. *História da Filosofia Portuguesa*. Lisboa: Caminho, 2005.

_____. *Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TEUBNER, Gunther. *Il Pluralismo del diritto globale senza Stato*. In: *Per un'altra globalizzazione* (entrevista concedida a BARRISTON, G.). Roma: Edizione dell'Asino, 2010.

THIRY-CHERQUES, Hermano R. *Conceitos e definições: o significado da pesquisa aplicada nas ciências humanas e sociais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

THOUIN, Marcel. *Noções de Cultura Científica e Tecnologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

TODESCAN, Franco. *Compendio di storia della filosofia del Diritto*. Milão: CEDAM, 2009.

TOLEDO, José. *Noção de Lei Positiva Humana (ensaio de Tomismo Jurídico)*. São Paulo: s/ed. 1940.

TOLONEN, Hannu. *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, E. G.; UUSITALO, J. (Orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

TOMAS DE AQUINO. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005, v. IV.

TOURAINÉ, Alain. *Um Novo Paradigma. Para Compreender o mundo de hoje*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TROPER, Michel. *Direito Constitucional*. In: *Introdução ao Direito Francês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Marshall, Kelsen e Barak et le sophisme constitutionnaliste*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003.

TWINING, William; MIERS, David. *Law in Context: How to Do Things with Rules*. 5ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010

ULYGIN, Eugenio. *Il Positivismo Giuridico*. Milão: Giuffrè, 2007.

URBANO, Maria Benedita. “*Criação Judicial*” e *Activismo Judicial*”: as duas faces de uma mesma função? In: Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição. Coimbra: Coimbra, 2012, V. II.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *Il valore della Costituzione – Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*. Milão: CEDAM, 1997.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VATTIMO, Gianni. *Fare giustizia del diritto*. In: DERRIDA, J.; VATTIMO, G. (Orgs.) *Diritto, Giustizia e interpretazione*. Roma- Bari: Laterza, 1998.

VEGAS, Jesús Luis Castillo. *La crítica de Hans Kelsen al jusnaturalismo*. In: *El Positivismo Jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANELLO, Natale. *Vocabolario Latino-Italiano, Italiano-Latino*. Perugia: Società Editrice Dante Alighieri, 2007.

VICTOR, Nestor Farias Brito. *Obra Crítica*. Rio de Janeiro: Fundação da Casa Rui Barbosa, 1917.

VIEIRA, José Ribas. *Construindo a Teoria da Constituição no Século XXI: a Presença Norte-Americana e Aspectos Comparativos*. In: *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça - Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIGOUROUX, Christian. *Les modalités d'examen de constitutionnalité pour la Question prioritaire de constitutionnalité*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. (Orgs.). *L'Examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*. Paris: Dalloz, 2011.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e Filosóficos*. São Paulo: Axi Mundi, 2003.

_____. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

VILLA, Vittorio. *Inclusive Legal Positivism e neo-giusnaturalism: lineamenti di una analisi comparativa*. In: *Revista Persona y Derecho*. Navarra: s/ed. 2000/2002, v. XLIII.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: Definições e fins do Direito: Os meios do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VIROLI, Maurizio. *For love of Country. An Essay on Patriotism and Nacionalism*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

VISCONDE DE URUGUAI. *Ensaio sobre o Direito Administrativo (1862). Aplicação ao Brasil das Instituições Administrativas inglesas, americanas e francesas*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960.

VITA, Luis Washington. Disponível em: <http://www.cinfil.com.br/arquivos/Luis_washington_vita.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2013.

VOGLIOTTI, Massimo. *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.

VOVELLE, Michel. *A História e a Longa Duração*. In: NOVAIS, Fernando Antônio; SILVA, Rogério Forastieri da. (Orgs.). *Nossa história em perspectiva*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, v. I.

WACKS, Raymond. *Understanding Jurisprudence. Na Introduction to legal theory*. 2ª ed. Oxford: Oxford University 2009.

WALDRON, Jeremy . *The core case against judicial review*. In: *The Yale Journal*. Nº 6, 2006

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *Disagreement and Precomminent*. In: *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999

WALTER, Robert. *La dotricna del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WEBER, Max. *Conceitos básicos de sociologia*. São Paulo: Centauro Editora, 2002.

_____. *Economia e Sociedade*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994, v. I.

_____. *La política como vocación*. In: Max Weber, *El político y el científico*. Madri: Alianza, 1981.

_____. *Il método delle scienze storico-sociali*. Milão: mondadori, 1980.

_____. *From Max Weber: Essays in Sociology*. Nova Iorque: Wrigth Mills, 1946.

WEINREB, Lloyd L. *Legal reason: The use of analogy in legal argument*. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

WIEVIORKA, Michel. *Nove lições de Sociologia. Como abordar um mundo em mudança?*. Lisboa: Editora Teorema, 2010.

_____. *Diferença*. Lisboa: Fenda, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

YEPES, Rodrigo Uprimny. *Judicialization of politics in Colombia*. In: *International Journal on Human Rights*. Nº 6, 2007, v. IV

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho e justicia*. 6ª ed. Madri: Editorial Trotta, s/ano.

_____. *Simboli al potere. Política, fiducia, speranza*. Turim: Einaudi, 2012.

_____. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Nàpoles: Editoriale Scientifca, 2006.

_____. *La Giustizia Costituzionale*. Bolonha: Il Mulino, 1988.

ZAVASCKI, Teori A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre), trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, 3a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLLER, Élizabeth. *Marbury x Madison: Deux siècle de censure judiciaire*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003.

_____. *Marbury x Madison: Deux siècle de censure judiciaire*. In: *Marbury x Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Dalloz: Paris, 2003.